

LA
SITUATION JURIDIQUE
DE LA FEMME
ABANDONNÉE DE SON MARI

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 Décembre 1935, à 14 heures

PAR

Pierre MOLINIÉ

Président : M. ROUAST, professeur

Suffragants } MM. NIBOYET, professeur
 } ESCARRA, professeur

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot, 14 (V^e)

1935

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA
SITUATION JURIDIQUE
DE LA FEMME
ABANDONNÉE DE SON MARI

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 Décembre 1935, à 14 heures

PAR

Pierre MOLINIÉ

Président : M. ROUAST, professeur

Suffragants } *MM. NIBOYET, professeur*
ESCARRA, professeur

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot, 14 (V^e)

1935



CHAPITRE PRELIMINAIRE

A) GENERALITES

Il est, dans l'état social, une déplorable situation qui se renouvelle à des centaines de milliers d'exemplaires et que cependant les statistiques ne révèlent pas; la situation de la femme abandonnée par son mari. C'est se faire une idée très erronée de la vie morale d'un pays que de se fier pour connaître la proportion de foyers brisés au chiffre des mariages dont les tribunaux ont prononcé la dissolution. A cette statistique il faudrait ajouter le nombre considérable des époux séparés de fait et particulièrement des femmes abandonnées.

Mais comment en calculer le nombre? Les statisticiens ne disposent, pour le faire, que de données très insuffisantes : registres d'œuvres de bienfaisance, rapports d'organisations sociales, documents forcément incomplets et qui ne peuvent servir qu'à des évaluations très approximatives.

Cependant, malgré leur imprécision, ils révèlent combien le nombre de femmes abandonnées est grand. C'est surtout dans les classes populaires que cette situation est répandue. Dans le peuple, les faux ménages sont au moins aussi nombreux que les vrais; on se quitte dans ceux-

ci à peu près aussi facilement que dans ceux-là; l'importance du lien conjugal et de ses conséquences n'apparaît guère à ceux qui y sont soumis.

Mais si fréquent soit-il, l'abandon n'est pas prévu par la loi, ou plutôt celle-ci ne s'en préoccupe que pour l'interdire comme elle interdit toute séparation de fait (art. 307). La cessation de la vie commune n'amène aucun changement dans la situation juridique de la femme; elle reste une femme mariée ordinaire, incapable et soumise à l'autorité de son mari.

La loi n'admet pas d'état intermédiaire entre la vie commune et sa rupture par le divorce ou la séparation de corps; sans doute, au cours d'une procédure en divorce ou en séparation, une ordonnance du président du tribunal peut autoriser la femme à avoir une résidence séparée, mais c'est là une mesure provisoire à laquelle le tribunal mettra fin en prononçant le divorce ou en le rejetant.

Certes l'abandon est souvent, nous le verrons, considéré par la jurisprudence comme une injure grave; celui qui en est la victime, la femme en particulier, peut donc l'invoquer pour obtenir le divorce ou la séparation de corps¹. La loi lui donne donc le moyen de sortir de cette situation; mais ce remède est disproportionné à ce qu'elle désire, il est peu approprié à la situation. Bien souvent les gens du peuple — et je le répète c'est plus particulièrement dans la classe populaire que nous voulons situer cette étude de l'abandon — se soucient peu d'aller devant les tribunaux;

1. Req., 3 janvier 1893, D. 1893.1.517; Req., 19 juillet 1893, D. 94.1.40; Cour de Dijon, 27 février 1907, S. 1907.2.64; Cour de Paris, 18 novembre 1912, *Gaz. trib.* 1.3.1913.

ils ne font appel à la force judiciaire que lorsqu'ils y sont forcés. D'ailleurs la femme abandonnée hésite bien souvent à recourir à une solution aussi extrême que le divorce, elle espère le retour de son mari; en fait celui-ci est fréquent. Elle peut principalement, à cause de ses enfants, se refuser à voir dissoudre son mariage.

Et cependant il est bien angoissant pour elle de rester dans cette situation qui gêne fort peu le mari; il peut en effet, pour la plupart des actes qu'il doit accomplir, se passer du concours de sa femme. Il en est tout autrement pour celle-ci; toutes les conséquences qu'entraîne pour elle le mariage subsistent, elle est incapable, elle ne peut rien, parce que son mari peut tout. Elle a les bras liés; or il n'est pas là pour agir à sa place et pour l'autoriser.

Et pourtant il faut bien qu'elle vive; il faut qu'elle accomplisse chaque jour les actes indispensables à son existence, à celle de ses enfants : les tribunaux ont bien été forcés de valider ses actes; mais dans l'impossibilité de violer les principes juridiques, ils ont créé une jurisprudence qui n'apporte à la situation de la femme abandonnée que des palliatifs insuffisants. Certes la loi de 1907 constitue un progrès, elle n'est cependant pas, nous le verrons, à l'abri de la critique. Un projet déposé au Sénat le 23 juin 1932 (*J. Of.*, Doc. parl., Sénat, 1932, n° 594) et que la Commission de Législation civile et criminelle a rapporté un an plus tard, après l'avoir d'ailleurs tronqué, apporte à la femme mariée française, la capacité qu'elle réclame depuis si longtemps et par là supprime pour elle dans la situation d'abandon ce hiatus déplora-

ble entre ses besoins et ses pouvoirs. Il faut en souhaiter le vote au plus tôt; nous verrons cependant plus loin les raisons de douter de son succès.

B) DELIMITATION DU SUJET. PLAN

L'abandon n'est qu'une variété de séparation de fait. Il importe, de façon à préciser l'objet de notre étude, de bien le distinguer des autres causes de rupture de la vie commune. Celle-ci, outre naturellement les cas de décès ou de dissolution légale, peut d'abord se produire accidentellement sans qu'elle soit recherchée par les époux. Dans d'autres cas la séparation de fait naît de leur consentement mutuel. Enfin elle est parfois provoquée par la volonté de l'un d'entre eux seulement.

Examinons rapidement ces différentes hypothèses.

a) *Accidentellement*: le mari et la femme peuvent être forcés pour des raisons diverses de se séparer pour un laps de temps plus ou moins long. C'est le cas d'un fonctionnaire nommé à un poste dans un pays dont le climat est déplorable pour sa femme, d'un marin qui parcourt l'océan pendant de longs mois sans retourner dans son pays. Il serait inexact de dire que cette séparation est toujours indépendante de leur volonté; mais la séparation n'est pas le but qu'ils recherchent; elle n'est que la conséquence des nécessités de leur métier, de leur santé, il ne s'agit que d'un éloignement momentané; il n'y a pas réellement cessation de la vie commune. Ce n'est même pas à proprement parler une séparation de fait.

Celle-ci se caractérise en effet par deux éléments essen-

tiels : l'un objectif, le fait matériel de la non-cohabitation ; l'autre subjectif, dérivant de la volonté des époux ou de l'un d'entre eux de vivre séparément, de se considérer comme absolument étrangers l'un à l'autre et par là de méconnaître les droits et devoirs nés du mariage : ce second élément manque dans les hypothèses de séparation accidentelle.

b) En second lieu la vie commune peut prendre fin du consentement réciproque des époux. Décidés à rompre, ils veulent éviter la longue et coûteuse procédure d'une instance légale ; ils reculent devant la divulgation, l'étalage de leur vie privée. Alors ils se quittent à l'amiable après avoir organisé conventionnellement cette séparation. Séparation de fait car elle n'a aucun effet juridique : le mariage est une institution légale, base de la société ; il est donc hors de l'atteinte des simples volontés individuelles. Les clauses de leurs conventions n'ont aucune valeur juridique ; ils ne jouissent d'aucune action pour les faire respecter, aussi bien par les tiers que par eux-mêmes. Chacun d'eux pourra, quand il lui plaira, exiger de l'autre la reprise de la vie commune¹.

c) Enfin, nous le savons, la séparation peut se produire même en dehors de toute convention, par le fait, la faute de l'un des époux : la femme, brusquement, quitte le foyer conjugal pour reprendre sa liberté ou vivre en concubinage avec son amant, le mari abandonne sa femme à moins qu'il ne préfère la chasser ou lui rendre la vie si intolérable

1. Cass. civ. 146-82 D. 83.1.248 ; Civ., 2 février 1907, D. 1907.1.137 (note de M. Colin) ; Trib. de la Seine, 18 juin 1934, D. H. 34.471, approuvé par toute la doctrine.

qu'elle n'ait plus pour ressource que la fuite. Ici encore nous retrouvons les deux éléments de la séparation de fait : l'élément objectif, matériel de la non-cohabitation, l'élément subjectif, volonté non plus commune mais unilatérale de l'un des époux d'amener la désunion. Il est donc possible de définir l'abandon : « *le fait répréhensible de l'un des époux de provoquer par sa faute la cessation de la vie commune* ».

Nous voici parvenus dans le domaine de notre étude : la situation de la femme abandonnée par son mari. Fidèles à notre définition, nous considérerons donc que la femme est abandonnée aussi bien lorsque le mari a déserté le foyer conjugal, que lorsqu'il a forcé la femme à le fuir en lui rendant la vie intolérable. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, il ne respecte les obligations que lui impose le mariage, ne remplit les devoirs qui lui incombent.

La loi, nous le savons, n'offre à la femme que le divorce ou la séparation de corps; il est bien des femmes qui n'en usent pas; elles restent dans cette situation illégale que ne veut pas reconnaître le législateur, mais que la jurisprudence n'a évidemment pu ignorer. Celle-ci a dû sans se mettre en contradiction flagrante avec les principes légaux répondre aux exigences de la pratique, faisant donc là œuvre essentielle.

Au regard de la loi, l'abandon ne change rien; les tribunaux ont bien été obligés d'admettre qu'il en est tout autrement. Il leur a fallu préciser les rapports de la femme abandonnée à l'égard de son mari, de ses enfants, des tiers. Il importe maintenant d'en aborder l'étude.

Notre plan semble donc tout tracé. Dans une première

partie consacrée à la situation de la femme à l'égard de son mari, nous étudierons les conséquences de l'abandon sur les droits et devoirs personnels des époux, l'un envers l'autre. Cette étude n'épuisera pas l'exposé de la situation de la femme à l'égard de son mari; car nous engageant ensuite sur le terrain des intérêts patrimoniaux, de l'activité juridique de la femme, nous passerons en revue les pouvoirs qui lui sont accordés sur les biens des époux, nous déterminerons les actes qu'elle sera autorisée à passer avec les tiers et les conséquences de ses actes. Toutes ces questions mettent encore en jeu le mari, elles intéressent au premier chef les tiers. Nous les grouperons dans une seconde partie qui sera donc intimement liée à la première : il s'agit en somme de la substitution de la femme au mari dans les rapports patrimoniaux avec les tiers.

Puis nous étudierons la situation de la femme abandonnée à l'égard de ses enfants que le plus souvent le mari abandonnera avec elle. Une rapide conclusion nous permettra enfin de porter un jugement sur cette œuvre avant tout jurisprudentielle et d'exposer les raisons qui nous font souhaiter une intervention législative.

PREMIERE PARTIE

La Femme abandonnée et les devoirs du mariage

La loi ignore donc l'abandon comme d'ailleurs les autres séparations de fait. On chercherait en vain dans les textes cette dernière expression, consacrée uniquement par la doctrine à la jurisprudence et qui, très bien choisie d'ailleurs, met en opposition l'état de fait dont il s'agit avec la situation de droit qui dérive d'un jugement de séparation de corps.

L'abandon n'apporte donc, en principe du moins, aucune modification à l'état de la femme qui en est victime; elle reste mariée, donc soumise à l'autorité maritale, — situation extra-patrimoniale — et incapable — situation patrimoniale (celle-ci on le sait sera étudiée dans la 2^e partie : « Influence de l'abandon sur l'activité juridique de la femme »).

Nous l'avons dit, notre législation n'offre à la femme qu'un moyen de sortir de cette situation déplorable : le divorce ou la séparation de corps. Mais nous savons qu'au contraire du droit romain, la législation française n'admet le divorce (et la séparation de corps) que pour des causes

strictement déterminées dont les articles 229 à 232 dressent la liste : or l'abandon ne s'y trouve pas.

Il constituait cependant une cause de divorce dans la loi de 1792. Celle-ci, d'ailleurs, admettait des causes de divorce si générales — consentement mutuel, incompatibilité d'humeur — qu'en pratique le divorce n'avait plus rien d'un remède exceptionnel. De même la plupart des législations récentes rangent l'abandon dans les faits qui autorisent un conjoint à demander le divorce.

En est-il autrement dans notre droit ? Pour réussir dans sa demande, la femme abandonnée devra-t-elle prouver, outre l'abandon, l'adultère de son mari ou invoquer des excès, sévices ou injures graves dont elle aurait été victime de sa part.

En fait il n'en est pas ainsi. Certes la jurisprudence affirme bien qu'en théorie l'abandon n'est pas une cause de divorce¹. Mais parmi les faits énumérés par le Code la formule « excès, sévices ou injures graves » est très large ; le terme « injures » en particulier permet, en pratique, d'élargir considérablement les causes de divorce : les tribunaux n'y ont pas manqué et se sont bien gardés de restreindre le sens qu'ils attachent à ce mot.

« On peut résumer leur interprétation en disant qu'il y a injures graves toutes les fois qu'un des époux viole un des devoirs réciproques nés du mariage ou porte atteinte à la dignité de son conjoint² ». Il n'est donc pas exagéré de dire qu'à l'heure actuelle le principe de la détermina-

1. Cass., 11 décembre 1888, S. 91.1.466 ; Cour de Nancy, 12 février 1903, S. 1903.2.10 ; Cour de Paris, 7 juillet 1919, D. 1921.2.40.

2. *Traité pratique* de MM. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 504.

tion des causes de divorce est lettre morte. C'est en réalité la jurisprudence qui les détermine. En ce qui concerne plus particulièrement l'abandon les tribunaux n'hésitent pas à l'assimiler à une injure grave.

Pour être admis comme cause de divorce, il faut donc que l'abandon présente un caractère injurieux¹. Mais ici se pose un problème. Etant donné un abandon (et les tribunaux ne prendront en considération qu'un abandon suffisamment prolongé) son caractère injurieux doit-il être présumé ou bien le juge exigera-t-il d'autres faits prouvant ce caractère ?

Certaines décisions de jurisprudence² approuvées par certains auteurs³ paraissent admettre la première solution, à tort nous semble-t-il, car le législateur a volontairement écarté l'abandon comme cause de divorce : c'est aller contre sa volonté que de rétablir celui-ci en présumant son caractère injurieux⁴. D'autres décisions, il est vrai, exigent la preuve de circonstances extrinsèques faisant ressortir le caractère injurieux⁵. C'est aussi l'avis de la Cour de cassation : en son arrêt du 4 mars 1914, la Chambre des requêtes déclarait expressément : « Le refus de la femme de rentrer au domicile conjugal ne constitue un grief de divorce qu'à la condition d'affecter un carac-

1. Cour de Paris, 18 novembre 1912, *Gaz. Pal.* 1.3.1913.

2. Cour de Paris, 11 février 1887, S. 1887.2.60; Ch. des req., 3 janvier 1893, D. 1893.1.517; 19 juillet 1893, D. 1894.1.40; Cour de Paris, 18 novembre 1912, *Gaz. trib.* 1.3.1913.

3. Baudry-Lacantinerie, *Des personnes*, t. III, p. 31; Planiol, *Rev. crit.*, 1887, p. 689.

4. *Traité pratique*, t. II, n° 503.

5. Cour de Paris, 15 juillet 1919, D. 1921.2.40; Cour de Poitiers, 4 juillet 1923, *Gaz. Pal.* 1923.2.479.

ère injurieux¹ ». Cette exigence de la Cour suprême semble très nette; cependant comme il s'agit d'une question de fait, les juges du fond sont souverains et elle s'abstient de tout contrôle².

Mais même pour les tribunaux qui admettent le plus largement l'abandon comme base d'une demande en divorce, il faut que celui-ci présente certains caractères. Il doit tout d'abord être volontaire (et cela selon la définition même que nous lui avons donnée³) : il est indiscutable que la disparition d'une personne provoquée par des événements parfaitement indépendants de sa volonté ne saurait constituer une « injure » à l'égard de son conjoint. L'abandon n'est pris en considération pour justifier une demande en divorce que s'il est voulu, intentionnel : « malicieux » disent les Codes allemand et suisse.

En second lieu, il faut que son auteur ne puisse le justifier : or les juges admettent très largement des raisons justificatrices de l'abandon : nous verrons plus loin que la femme est parfaitement autorisée à quitter le foyer conjugal quand le mari ne subvient pas à son entretien comme l'y oblige l'article 214⁴, ou lui rend l'existence intolérable⁵.

L'abandon du foyer conjugal par la femme ne peut dans ce cas être considéré comme une injure grave pour le mari,

1. D. 1916.1.31.

2. Ch. des req., 19 janvier 1916, D. 1916.1.249.

3. Req., 27 octobre 1930, *Gaz. Pal.* 18.11.1930.

4. Cass., 4 mars 1914, D. 1916.1.31; Cour de Lyon, 22 novembre 1933, S. 1934.2.136.

5. Ch. des req., 2 janvier 1877, D. 1877.1.162; Ch. des req., 22 janvier 1908, D. 1908.1.154; Ch. des req., 17 mars 1926, S. 1926.1.215; Orléans, 11 février 1934, S. 1934.2.165.

il en sera de même si la femme déserte le domicile conjugal pour ne pas vivre avec la maîtresse que son mari y entretient¹. En ce qui concerne le mari, le fait de fuir son foyer pour échapper à des poursuites judiciaires, à une faillite par exemple, n'est pas considéré comme suffisant pour motiver une instance², mais cette fuite pourra constituer une injure grave à l'égard de la femme si le fugitif la laisse sans nouvelles ni ressources³.

Ainsi donc, bien que l'abandon ne figure pas dans la liste des causes de divorce admises par la loi française, et ce, de par les volontés successives des rédacteurs du Code puis du législateur de 1884, en pratique, il est le plus souvent pris en considération comme base d'une demande en divorce ou en séparation de corps, à moins, avons-nous dit, qu'il ne se justifie d'une façon quelconque.

La femme abandonnée a donc là un moyen de sortir de la situation si difficile dans laquelle elle se trouve placée.

L'expérience montre cependant que bien souvent elle n'en use pas.

Elle n'en use pas parce qu'elle espère que son mari reviendra, parce qu'elle ne veut pas briser son ménage, créer une séparation définitive et aussi parce que dans les classes populaires on ne va guère devant les tribunaux, par ignorance et surtout par crainte et par antipathie instinctive pour tout ce qui compose l'appareil judiciaire.

La femme abandonnée, puisqu'elle ne demande pas aux

1. Ch. des req., 2 janvier 1877, D. 77.1.162.

2. Cour de Paris, 11 février 1887, S. 1887.2.88; Cour de Chambéry, 22 juin 1909, D. 1909.5.48; Cour de Gand, 23 décembre 1905, S. 1906.4.24.

3. Cour de Paris, 18 avril 1888, D. 1890.5.101; 13 février 1895, D. 1895.2.296.

tribunaux de prononcer le divorce ou la séparation de corps, reste donc mariée; puisque le mariage subsiste, les droits et les devoirs qu'il engendre vont donc subsister avec lui.

Nous allons cependant constater qu'il n'y a là qu'une part de vérité : l'union des époux maintenue en principe par la loi est incontestablement détruite en réalité.

Le mariage, selon le Code, crée entre époux des devoirs mutuels de fidélité, secours, assistance (art. 212) et l'article 214 poursuit : « La femme est obligée d'habiter avec le mari, le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état ». C'est l'obligation de cohabitation. Nous allons examiner successivement le sort de ces différents devoirs en cas d'abandon.

CHAPITRE PREMIER

DU DEVOIR DE COHABITATION

Et tout d'abord l'obligation de cohabitation. Il semble que le sort de ce devoir soit, par définition même, réglé du fait de l'abandon. En effet, l'obligation de cohabitation implique l'habitation commune dans un même foyer, sous un même toit : il comprend le devoir conjugal. Tout cela est rendu pratiquement impossible par le fait de l'abandon.

Cependant plusieurs questions se posent au sujet de cette obligation.

a) Dans quels cas la femme en est-elle légitimement déliée ?

b) Peut-elle forcer le mari à la respecter et surtout

c) Quel est le domicile de la femme abandonnée ?

Section I. — Des cas où la femme est légitimement déliée de l'obligation de cohabitation.

Certes, il n'est pas discutable que lorsque le mari abandonne sa femme en quittant brusquement son foyer, la femme n'a pas à le suivre. Il a nettement manifesté sa volonté d'être débarrassé d'elle, de reprendre sa liberté.

Cependant s'il revient, elle ne pourra refuser de le recevoir. Nous avons admis un autre cas d'abandon de la femme : celui où le mari lui fait subir une existence si intolérable qu'elle est en droit de quitter la maison conjugale. Peut-elle ainsi se libérer de l'obligation que lui impose l'article 214 « d'habiter avec son mari » ?

Si la nullité des séparations conventionnelles est proclamée par une jurisprudence unanime qui se fonde tout particulièrement sur l'article 307 interdisant la séparation de corps par consentement mutuel, des décisions nombreuses justifient le droit pour l'un des époux de se séparer de son conjoint lorsque celui-ci méconnaît ses obligations à son égard.

Quelles sont donc les obligations du mari à l'égard de sa femme dont la méconnaissance doit délier celle-ci de son devoir de cohabitation ? Il semble que la réponse à cette question se trouve dans l'article 214 du Code civil. Celui-ci, il est vrai, semble inclure dans le devoir de cohabitation de la femme, l'obligation « de le suivre partout où il juge à propos de résider ». Mais ceci est en fait une conséquence de la puissance maritale qui permet au mari de choisir librement le domicile conjugal et de le déplacer à son gré.

Quoi qu'il en soit, l'article 214 oblige le mari à fournir à sa femme « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état ».

Les tribunaux admettent parfaitement que la femme est déliée de son devoir de cohabitation si son mari manque à cette obligation édictée par la loi de l'entretenir, de lui

fournir un logement convenable, en un mot de subvenir à ses besoins matériels.

La Chambre des requêtes a admis le 4 mars 1914¹ qu'une femme abandonnée par son mari et laissée par lui « sans ressources et aux prises avec les plus grandes difficultés » est déliée de son devoir d'habiter avec lui.

Plus récemment encore la cour de Lyon, en son arrêt du 22 novembre 1933², déclare que la femme peut parfaitement refuser de suivre son mari « lorsque son refus est inspiré par la préoccupation de n'exposer ni ses deux enfants ni elle-même à tout l'inconnu d'une existence où les besoins matériels de chacun ne se trouveraient nullement garantis, alors que dans la ville où la femme est fixée elle occupe un emploi stable qui lui assure les moyens de satisfaire à l'entretien et à l'éducation de ses enfants ».

Mais cette formule « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie » ne doit pas seulement s'entendre des besoins matériels. Le mari, selon la jurisprudence, doit encore lui offrir un foyer moralement tolérable. Le mariage crée entre époux des devoirs moraux. Il est certain que la loi ne peut les sanctionner que dans une faible mesure : mais les tribunaux peuvent parfaitement délier de ses obligations, en particulier du devoir de cohabitation, la femme à laquelle son mari n'offre pas un foyer qui réponde à ses exigences morales les plus élémentaires³.

Il est hors de discussion que le mari ne peut contraindre sa femme à habiter avec lui s'il entretient à son foyer

1. D. 1916.1.31.

2. S. 1934.2.136.

3. Req., 20 novembre 1860, D. 61.1.305.

une maîtresse : il peut même paraître assez surprenant que la Cour suprême ait eu à proclamer ce principe d'évidence¹ ; mais le mari ne peut pas davantage imposer à son épouse la présence permanente à son foyer de tierces personnes à l'égard desquelles elle peut nourrir une animosité plus ou moins justifiée : la Cour de Pau² a délié du devoir de cohabitation une femme que son mari voulait contraindre à habiter avec ses parents, lesquels manquaient d'égards envers leur belle-fille. Un mari doit donner à sa femme un foyer où sa dignité d'épouse ne souffre pas.

Très récemment, la Cour d'Orléans a jugé de même dans une hypothèse plus large encore. Un mari dit-elle, ne peut obliger sa femme à vivre avec lui dans un logement distinct de celui de ses beaux-parents, mais mitoyen de ce dernier, alors qu'il existe un grave dissentiment entre elle et ses beaux-parents³.

Il ne s'agit plus d'injures, de sévices, ni même absolument de dignité froissée. La femme a le droit d'exiger de son mari un foyer dont elle soit la maîtresse, dans lequel elle occupe la place qui lui est due : c'est ainsi que l'entend la Cour de cassation⁴.

Mais la femme a le droit d'exiger dans son foyer des égards et le respect de sa dignité non seulement de la part des tierces personnes qui y vivent éventuellement avec elle, mais encore et surtout, peut-on dire, de la part de

1. Ch. des req., 2 janvier 1877, S. 1877.1.257. V. aussi Cour de Paris, 21 mai 1897, S. 1897.2.296.

2. Cour de Paris, 8 mai 1890, S. 1891.2.3.

3. 15 février 1934, S. 1934.2.165.

4. Ch. des req., 17 février 1926, S. 1926.1.215.

son mari. La femme qui est constamment l'objet de la part de ce dernier de scènes d'une grande violence peut parfaitement se refuser à cohabiter avec lui et la jurisprudence l'approuve¹.

Ainsi donc, quand un mari ou une femme ne remplit pas ses obligations, son conjoint est délié des siennes.

Mais au nom de quel principe peut-il se faire en quelque sorte justice à lui-même ? De quelle façon la jurisprudence justifie-t-elle cette possibilité pour la femme de se délier de l'obligation de cohabitation ?

La plupart des décisions invoquent une corrélation entre les obligations issues du mariage : l'inexécution de l'une autoriserait la disparition de celle qui lui fait pendant. Cet argument paraît discutable car le Code ne semble établir expressément aucune corrélation entre les obligations réciproques nées du mariage.

L'introduction sur ce terrain de l'exception « *non adimpleti contractus*² », ne semble pas plus satisfaisante car elle aboutit à considérer à tort le mariage comme un simple contrat synallagmatique³.

Cette jurisprudence nous paraît s'expliquer par le fait que le mariage est une institution, c'est-à-dire un ensemble de règles légales formant un tout, et dont le fonctionnement est faussé, donc rendu dangereux, lorsque certaines de ses règles ne sont pas respectées⁴. Il est alors du rôle des tribunaux d'intervenir pour rétablir l'équilibre en assurant l'exécution par le coupable de ses obligations

1. Ch., 27 janvier 1908, D. 1908.I.154.

2. Colin et Capitant, t. I, p. 640.

3. Voir plus loin, p. 170 et 171.

4. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 366.

ou en déliant son conjoint des siennes. Mais leur intervention ne saurait créer une situation définitive; elle n'amène que des mesures provisoires qui prendront fin soit par le divorce ou la séparation de corps soit par la reprise de la vie commune.

Section II. — Des moyens de contrainte dont peut user la femme pour faire respecter par son mari l'obligation de cohabitation.

Nous arrivons ainsi à la deuxième question que nous nous sommes posée. La femme abandonnée peut-elle forcer le mari à reprendre la vie commune, à respecter l'obligation de cohabitation que lui impose l'article 214 ?

La situation est la suivante : la femme veut reprendre la vie commune. Ou bien, après avoir quitté le foyer conjugal, à la suite des sévices de son mari, elle veut y reprendre sa place, ou encore c'est lui qui était parti mais elle a découvert le lieu de sa résidence et veut aller y vivre avec lui. De quelles sanctions dispose-t-elle s'il refuse de l'y recevoir ?

Puisqu'il s'agit du respect des obligations dérivant du mariage, fondement de la société, ne faut-il pas admettre ici un pouvoir discrétionnaire des tribunaux, dans la mesure évidemment où ils n'ordonneront rien de contraire aux textes et à l'ordre public ?

Certains auteurs éminents de la fin du siècle dernier¹ l'admettent parfaitement : ils se fondent sur ce qu'il est

1. Demolombe, *Du mariage*, liv. IV, p. 115; Beudant, *Etat et capacité des personnes*, n° 313, p. 436.

nécessaire de sanctionner les obligations dépendant d'une institution aussi essentielle que le mariage, obligations que la loi a réglées de façon impérative, ne se bornant pas à donner des indications ou des préceptes de morale.

Ils semblent d'ailleurs être approuvés par la Cour de cassation qui, en particulier dans son arrêt du 21 juin 1878¹, déclare « attendu que pour forcer la femme à revenir avec son mari... les juges sont libres de recourir, selon l'occurrence, aux moyens de contrainte qui leur paraissent les mieux appropriés à la situation ».

Mais l'attribution aux tribunaux de ce pouvoir discrétionnaire paraît par contre peu juridique à Laurent², qui déclare qu'un tel pouvoir est contraire au principe exigeant que les lois d'exécution ne soient pas abandonnées à l'arbitraire des tribunaux. Ceux-ci ne peuvent en prescrire qui ne soient pas prévues par le Code de procédure civile, seul qualifié pour les légitimer.

Il nous semble, en effet, que la légalité de tel ou tel procédé employé est une question de droit qui ne saurait échapper au contrôle de la Cour de cassation. Recherchons donc quels moyens sont applicables en la matière et dans quelle mesure.

A) En dehors de la possibilité pour la femme de demander le divorce ou la séparation de corps, elle peut faire condamner son mari à des dommages-intérêts. Elle a en effet droit à une indemnité en raison du préjudice que lui cause l'abandon de celui-ci, indemnité basée sur l'article 1382.

1. D. 1879.1.80.

2. *Principes de droit civil français du mariage*, t. III, p. 120.

Il peut paraître assez paradoxal de vouloir soumettre les devoirs du mariage à une sanction née d'une disposition générale classée dans le Livre III du Code qui a pour titre « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », mais l'article 1382 est le droit commun de la responsabilité délictuelle et de plus, il n'y a que deux sortes de responsabilité : la responsabilité délictuelle sanctionnée par l'article 1382 et la responsabilité contractuelle basée sur l'article 1142. En abandonnant sa femme, le mari lui cause un préjudice toujours moral, trop souvent matériel : il a manqué aux obligations que lui imposait le mariage, obligations qui ont un fondement naturel et non contractuel, car on ne peut voir dans le mariage un simple contrat¹ : il faut rester sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Il ne peut donc pas être question ici de dommages-intérêts basés sur l'article 1142. C'est donc à tort qu'un arrêt de la Cour de cassation belge² a invoqué cet article pour condamner un mari à verser des dommages-intérêts à sa femme qu'il avait abandonnée.

Pour fixer le montant de la condamnation, le tribunal prendra en considération aussi bien le préjudice matériel que le préjudice moral; le premier sera parfois très considérable car l'abandon plonge bien souvent la femme dans la misère : il n'exclura cependant pas le préjudice moral dont le juge tiendra toujours compte.

B) Mais les dommages-intérêts dont la menace peut

1. V. plus loin, p. 170 et 171.

2. Arrêt de la Cour de cassation belge en date du 18 mai 1899, D. 1901.2. 161, consacrant l'opinion soutenue par MM. Douchamps et Procès (*Rev. de Droit belge*, 1897, p. 133 et s., et 199 et s.).

faire pression sur le mari ne constituent cependant qu'une mesure compensatoire. N'y a-t-il pas à l'obligation de cohabitation des sanctions coercitives ?

La jurisprudence autorisant le mari dont la femme refuse de réintégrer le domicile conjugal à séquestrer les revenus dont elle dispose d'après son contrat de mariage, on pourrait être tenté de donner cette possibilité à la femme placée dans notre situation, puisque c'est une sanction de l'obligation de cohabitation qui incombe aussi bien au mari qu'à la femme.

Mais aucune décision jurisprudentielle n'autorise la femme à user de ce moyen de contrainte pour obliger son mari à la recevoir. Les tribunaux considèrent donc à tort cette mesure comme une prérogative de puissance maritale, ce qui est illogique et injuste puisque, répétons-le, l'obligation de cohabitation est commune aux deux époux. Nous verrons plus loin que la femme peut, dans certains cas, saisir les produits du travail de son mari : mais il s'agit là de la sanction du devoir de secours et nullement d'une mesure coercitive pour contraindre le mari à respecter son devoir de cohabitation.

C) Par contre la femme peut recourir à l'astreinte. Ce procédé, évidemment, se heurte ici aux mêmes objections que l'on peut opposer aux astreintes en général. Si c'est une condamnation à des dommages-intérêts, elle viole la loi en ne les proportionnant pas au préjudice causé (article 1149). De plus, étant une condamnation simplement comminatoire qui n'empêche pas le juge de revenir sur sa décision, soit pour augmenter la sanction, soit, plus souvent, pour la réduire, elle viole ainsi les principes généraux de

notre droit qui interdisent au juge de reprendre la connaissance d'une affaire lorsqu'il a une première fois prononcé sa sentence.

On peut soutenir, il est vrai, que l'astreinte n'est pas une condamnation à des dommages-intérêts mais une véritable peine prononcée comme sanction d'une injonction émanant du pouvoir de commandement des magistrats. Mais où prend-on ce pouvoir de commandement ? Pour tout fondement, on n'a trouvé que l'article 1036 du Code de procédure aux termes duquel « les tribunaux... pourront dans les causes dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions... etc. »

Outre que ce texte est très vague il vise seulement la police de l'audience ou tout au plus les mesures à prendre pour la découverte de la vérité dans les instances judiciaires. De plus, appliquer ce texte aux astreintes, c'est donner aux juges le droit de les prononcer « même d'office », ce que personne ne songe à soutenir.

Evidemment, dans l'ancien droit, le juge avait le droit de prescrire et défendre, mais cet argument ne vaut plus rien actuellement car cette prérogative a complètement disparu avec l'apparition du principe de la séparation des pouvoirs et la disparition de tout pouvoir réglementaire du juge.

Quoi qu'il en soit, le procédé des astreintes, combattu par la grande majorité des auteurs, est définitivement admis par la jurisprudence, particulièrement par la Cour

de cassation¹, qui en étend l'application en le rapprochant des dommages-intérêts.

De nos jours, l'astreinte est le procédé ordinaire qu'emploie une femme pour forcer son mari à reprendre la vie commune².

Elle a de plus en plus remplacé le recours à la force publique, procédé qui a été en faveur pendant une grande partie du siècle dernier, mais qui est en opposition avec l'évolution des mœurs modernes.

D) D'ailleurs, il n'est pas absolument certain que le recours à la force publique soit conforme aux principes de notre droit. L'article 1142 du Code civil dispose « que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Cela ne veut pas dire, on le sait, que les obligations de faire ou de ne pas faire ne peuvent jamais se résoudre qu'en dommages-intérêts : les articles suivants, tout au contraire, prévoient des hypothèses d'exécution directe.

L'article 1142 reprenant la formule des glossateurs « *nemo potest præcise cogi ad factum* » interdit seulement de forcer quelqu'un à faire ou à ne pas faire quelque chose quand il y a à cette exécution ou à cette inexécution une impossibilité matérielle ou morale ou qu'elles ne peuvent être obtenues qu'au prix de voies de fait.

Cette objection n'a pas empêché les tribunaux, nous l'avons dit, de permettre à une femme de faire appel à la

1. Cass., 7 avril 1888, D. 89.1.259; 1^{er} février 1897, D. 98.1.279; 21 février 1920, D. 21.1.62; 21 mars 1921, D. 21.1.166; 14 mars 1927, S. 27.1.231.

2. Ch. des req., 25 mai 1878, D. 1879.1.80; Req., 26 juillet 1878, D. 79.1.176; Trib. de la Seine, 6 mars 1911, D. 1911.5.28; Cour de Lyon, 24 février 1909, D. 1910.2.172; Cour de Paris, 17 juin 1913, *Gaz. trib.* 25.7.1913.

force publique pour contraindre son conjoint à respecter le devoir de cohabitation¹.

Ce procédé est de moins en moins employé en raison de sa brutalité. Depuis cinquante ans les tribunaux se refusent en général à l'appliquer à la femme², alors qu'ils l'accordent encore parfois contre le mari³.

Cette différence tient certainement à ce que l'exécution *manu militari* est beaucoup plus brutale contre la femme que contre le mari : dans le premier cas, il s'agit de contraindre par la force une épouse à réintégrer le domicile conjugal ; cela entraîne violences et voies de fait sur sa personne : dans le second, la force publique oblige seulement le mari qui ne veut pas recevoir sa femme à lui ouvrir la porte du foyer conjugal : il n'a naturellement jamais été question de ramener de force un mari qui a abandonné son foyer : celui-ci pourtant, nous le verrons, constitue son domicile tant qu'il n'en a pas acquis un nouveau.

L'emploi de toutes ces différentes mesures de contrainte a soulevé de nombreuses discussions. Il est justifié par le caractère d'ordre public des obligations du mariage ; il appartient à l'autorité judiciaire de forcer les époux à les respecter : malheureusement leur efficacité est très dou-

1. Cass., 20 janvier 1930, S. 30.1.99 ; Cour de Paris, 31 mars 1855, S. 55.2.494 ; Nîmes, 20 février 1862 ; Pau, 11 mars 1863, S. 63.2.193.

2. Cour d'Aix, 22 mars 1881, S. 84.2.93 (qui déclare que « pour trouver cette mesure légitime, il faut se reporter à d'autres temps et d'autres pays ») ; Trib. de Quimper, 15 mars 1905, D. 1905.5.36 ; Cour de Dijon, 29 janvier 1912, *Recueil de Dijon*, 1912, p. 9. Cependant, la cour de Chambéry, dans un arrêt récent en date du 27 octobre 1931, *Gaz. Pal.* 32.1.175, permet à un mari de « l'y contraindre (la contraindre à réintégrer le domicile conjugal) par huissier assisté au besoin par la force publique si elle n'a pas repris la vie commune dans un délai de trois mois ».

3. Cour de Paris, 7 janvier 1903, D. 1903.2.16 ; Cour de Lyon, 14 juin 1920, D. 1920.2.128.

teuse. La femme ne peut recourir à tout instant à la force publique pour se faire ouvrir la porte du domicile conjugal où son mari refuse de la recevoir. Si le mari persiste dans son refus, l'astreinte sera tout aussi inefficace. Il faudra bientôt la transformer en des dommages-intérêts : il ne s'agira plus d'exécution mais de compensation.

Sans parvenir toujours à briser la mauvaise volonté du mari, il semble que d'autres mesures, qui ne sont cependant pas essentiellement des procédés coercitifs, se montrent plus efficaces : le droit de la femme de faire condamner son mari à lui verser une pension d'entretien, droit dont la loi de 1907 a encore facilité la mise en œuvre, inclinera souvent le mari à réintégrer le foyer conjugal. Nous verrons cependant que les difficultés pratiques réduisent trop souvent ce droit à néant. Il faut en dire autant de la loi de 1924 qui, créant le délit d'abandon de famille, peut également être considérée comme accordant à l'époux abandonné un moyen de contraindre son conjoint à reprendre la vie commune : celui-ci pour ne pas risquer une condamnation pour non-paiement de pension pendant trois mois, aura grand intérêt à reprendre la vie commune. Nous indiquerons à la fin de cette étude les raisons qui nous poussent à préconiser l'extension du délit d'abandon de famille au cas général de l'abandon.

Section III. — Du domicile de la femme abandonnée.

Mais alors, quel est le domicile de cette femme avec laquelle son mari refuse de vivre ? Cette question se pose tout aussi bien, remarquons-le, quand le mari, par ses mauvais traitements a forcé la femme à le quitter.

Le Code en son article 108 répond : « La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. » L'attribution à la femme du domicile de son mari est une conséquence des obligations résultant du mariage¹. Il est donc d'ordre public et on ne peut y déroger.

La femme ne pourrait se réserver dans son contrat de mariage la possibilité de choisir son domicile. Cette clause porte atteinte à la puissance maritale et se trouve donc interdite par l'article 1388.

Puisque, nous l'avons vu, la femme abandonnée reste femme mariée, il semble impossible de lui fixer un autre domicile. C'est l'opinion unanime de la doctrine² qui, d'accord avec la jurisprudence, déclare que l'article 108 s'applique alors même que la femme vit séparée, du consentement de son mari.

Mais quel est, dans les différentes hypothèses d'abandon, le domicile du mari ?

Il faut, semble-t-il, distinguer trois hypothèses : 1° celle où le foyer conjugal reste domicile du mari parce que celui-ci n'en acquiert pas un nouveau ; 2° en deuxième lieu l'hypothèse contraire : le mari acquiert un nouveau domicile ; 3° enfin troisième alternative : c'est la femme qui s'enfuit, le domicile du mari reste au foyer conjugal puisqu'il n'en bouge pas. Nous allons envisager successivement ces trois cas.

I. Il est possible tout d'abord que le mari disparaisse : il part un certain jour et rien ne permet de savoir où il se

1. Demolombe, t. I, n° 297 ; Laurent, t. II, n° 84 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 977 ; *Traité pratique* de MM. Planiol, Ripert et Rouast, n° , t. II.

2. Demolombe, t. I, n° 357 ; Aubry et Rau, t. I, p. 579 ; Laurent, t. II, n° 84 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 306.

trouve ; en ce cas il n'est pas discuté que son domicile reste immuablement au foyer conjugal où il a laissé sa femme et ses enfants.

En effet, comme l'exige la logique, « le domicile lorsqu'il est établi dans un lieu déterminé, se conserve tant qu'un autre n'est pas acquis dans un lieu différent ». Ce sont les propres termes qu'employait la Chambre civile dans son arrêt du 30 mars 1892¹, qui avait été précédé d'une décision dans le même sens².

Elle avait déclaré de même le 22 janvier 1850³ qu'un mari qui, après une séparation de biens judiciaire, a cessé de paraître au domicile qu'il avait pendant l'instance en séparation, est considéré comme l'ayant gardé si on n'a de lui aucune nouvelle.

Au cas de disparition, il faut évidemment assimiler l'hypothèse selon laquelle on n'ignore pas où se trouve le mari, mais où il ne se fixe en aucun endroit, ne travaille pas : aucune de ses résidences passagères ne présente le caractère d'un nouveau domicile. Nous sommes bien toujours dans le cas sanctionné par l'arrêt précité de la chambre civile « un domicile se conserve tant qu'un autre n'est pas acquis dans un lieu différent ».

Ainsi donc, dans ce premier cas, le domicile du mari subsiste au foyer qu'il a abandonné : par conséquent il en sera de même de celui de la femme : bref, l'abandon n'aura apporté aucun changement au domicile de cette dernière.

II. Il n'en sera pas de même lorsque le mari, après

1. D. 1893.1.29.

2. Arrêt du 31 mai 1881, D. 1882.1.19. V. aussi Cour de Grenoble, 3 août 1853, D. 55.2.71.

3. D. 1850.1.61.

avoir abandonné le foyer conjugal, s'installe ailleurs. Le plus souvent il « se mettra en ménage » avec une concubine, il prendra un travail quelconque : bref il manifestera par là « l'intention de fixer son principal établissement » en cet autre lieu où il « habite réellement ». Les juges du fond, qui, on le sait, apprécient souverainement les circonstances (art. 105) d'où ressort l'intention de changer de domicile¹, ne pourront que reconnaître le nouveau domicile. Certes, il n'installe pas dans celui-ci sa femme et ses enfants — ce fait il est vrai constitue une des « circonstances » dont parle l'article 105 — mais il n'est nullement condition nécessaire de la création du nouveau domicile.

Ainsi donc la femme va avoir pour domicile un endroit où la plupart du temps il lui est moralement impossible d'habiter, où en fait, puisqu'il y a abandon, elle n'habite pas. Il n'en reste pas moins qu'aux yeux de la loi elle vit entre son mari et la maîtresse de celui-ci. Le Code ne nous laisse aucun doute à ce sujet.

Peu de temps après la promulgation de celui-ci, le 1^{er} mai 1823, la Cour de cassation déclarait déjà qu'une femme, quoique séparée de fait, ne peut être valablement assignée qu'au domicile de son mari.

Ce maintien de la domiciliation de la femme est donc parfaitement contraire à la réalité, à la logique. Mais il a, en outre, les plus graves inconvénients pratiques. Le domicile d'une personne est le centre de sa vie juridique; au domicile sont attachés des intérêts essentiels, aussi bien

1. Cour de cassation, Ch. civile, 13 janvier 1919, S. 1921.1.164; Ch. des req., 21 décembre 1926, S. 1927.1.54.

pour les tiers que pour l'individu lui-même. Il est à peine besoin de les rappeler.

Pour ne citer que les principaux, c'est ordinairement selon l'article 1247 du Code civil, chez le débiteur, que doivent se faire les paiements.

Le Code de procédure, en son article 68, dispose que « tous exploits seront faits à personne ou à domicile ». En règle générale lorsqu'une personne en poursuit une autre en justice, le tribunal compétent est le tribunal du domicile du défendeur (articles 2 et 59 du Code de procédure civile). Notre droit n'a fait sur ce point que suivre le principe traditionnel emprunté au droit romain : *actor sequitur forum rei*.

De plus, toutes les opérations exigées par l'administration et aussi la liquidation (succession, faillite) du patrimoine de l'individu sont centralisées au domicile de celui-ci.

Enfin c'est au lieu du domicile que certains actes que les tiers ont intérêt à connaître, en particulier, ceux qui modifient la capacité des personnes, font l'objet de publication : par exemple, les jugements de divorce, de séparation de corps ou de séparation de biens, d'interdiction ou de nomination de conseil judiciaire.

Il apparaît donc clairement que le maintien de la domiciliation légale de la femme au domicile de son mari est déplorable dans l'hypothèse qui nous occupe.

Et pourtant ce maintien est très discutable : ce qui détermine le domicile de la femme ce n'est pas comme pour le mineur le centre d'administration de ses biens (en ce cas la femme séparée de biens devrait avoir pour domicile le

lieu d'administration de sa fortune), c'est le lieu légal de l'habitation, donc l'obligation de cohabitation¹. Le Code — les travaux préparatoires le prouvent — n'a fait que suivre l'ancien droit sur ce point. Quand l'obligation de cohabitation tombe — et nous avons vu que la jurisprudence en délie la femme dans de nombreuses hypothèses — le domicile légal devrait tomber avec elle : la doctrine cependant, nous l'avons vu, croit ne pouvoir suivre ce raisonnement.

Pourtant dans les situations autres que l'abandon, mais dans lesquelles disparaît l'obligation de cohabitation, elle n'hésite pas, d'accord avec la jurisprudence, à reconnaître à la femme un domicile indépendant, non pas comme pour le cas de la femme commerçante un domicile spécial qui coexiste avec le domicile légal, mais un domicile unique, propre.

En cas de séparation de corps tout d'abord : la question il est vrai est maintenant tranchée par la loi de 1893 qui a doté l'article 108 d'un 2^e alinéa ainsi conçu : « la femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari ». Mais antérieurement à cette loi la jurisprudence² approuvée par la quasi unanimité de la doctrine³ reconnaissait déjà la disparition de cette détermination légale du domicile, disparition entraînée par celle de l'obligation de cohabitation.

1. Req., 12 juin 1883, S. 84.1.257 (note Esmein); Laurent, *Principes*, t. II, p. 85; Aubry et Rau, t. I, n° 143; Planiol et Ripert, t. I, n° 154.

2. Req., 19 août 1872, S. 1873.1.75 et la note de M. Estein précitée.

3. En particulier, Aubry et Rau, t. I, p. 680; Laurent, *Principes*, t. II, n° 85.

De même en cas d'absence¹ la femme recouvre le droit de se choisir un domicile. Enfin en cas d'interdiction judiciaire du mari, si une partie de la doctrine² considère que le domicile légal de la femme se trouve transporté chez le tuteur du mari, il semble plus raisonnable d'affirmer avec MM. Aubry et Rau, Planiol³, etc... que la femme ici encore recouvre le droit de se choisir un domicile. Il faut étendre cette opinion au cas où le mari est non plus interdit mais interné. Il en sera de même en cas d'interdiction légale.

Dans toutes ces hypothèses le domicile légal suit le sort de l'obligation de cohabitation, c'est elle qui l'a fait naître : il disparaît avec elle. Mais toutes ces hypothèses sont des situations reconnues par la loi; l'abandon au contraire est un état que celle-ci veut ignorer. L'obligation de cohabitation disparaît, mais contre toute logique, le domicile légal subsiste.

Il ne peut pas davantage être question pour la femme d'acquérir un autre domicile puisqu'elle en a déjà un. Nul ne peut, nous le savons, avoir plus d'un domicile. Ce principe qui ressort de sa définition même en droit français a d'ailleurs toujours été proclamé par la Cour Suprême⁴.

Pourtant si la femme séparée de fait, abandonnée, conserve toujours la même domiciliation légale dont la jurisprudence se déclare incapable de la libérer, il faut cependant reconnaître que l'inconvénient du maintien de

1. M. Esmein, note précitée; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 985; *Traité pratique* de Planiol et Ripert, t. I, n° 154.

2. Duranton, t. I, n° 371; Demolombe, t. I, n° 365; Beudant, *L'Etat et la capacité des personnes*, t. I, n° 157; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 998.

3. Aubry et Rau, t. I, n° 143, note 7; Planiol, t. I, n° 158.

4. Ch. des req., 4 août 1896, S. 1900.1.515; 1^{er} février 1911, D. 1913.1.400; 14 avril 1911, S. 1917.1.107.

ce lien est parfois atténué par le fait que la notion de résidence prend dans des cas déterminés une certaine importance au détriment du domicile, soit sous la qualité de résidence simple, soit sous celle de domicile apparent.

La résidence remplace le domicile quand celui-ci est inconnu. Ainsi l'article 59 du Code de procédure civile, imité d'ailleurs par l'article 2 du même Code, porte qu'« en matière personnelle le défendeur... s'il n'a pas de domicile (sera assigné) devant le tribunal de sa résidence »; l'article 69 alinéa 8 dispose de même.

Enfin quoique ce dernier fasse une obligation à l'huissier porteur d'un exploit de le signifier à personne ou à domicile, il est admis¹ qu'il peut le remettre à la résidence, si le domicile étant inconnu celle-ci le remplace valablement.

Mais la résidence n'est substituée dans toutes ces hypothèses au domicile que si celui-ci est inconnu : la Chambre civile a déclaré le 14 avril 1891² qu'il y a nullité si un exploit est signifié à la résidence du défendeur et non à son domicile et ce, même en cas de référé, donc en matière essentiellement urgente : elle statua de même quelques années plus tard³.

Il semble donc (pour en revenir plus précisément à notre hypothèse de la femme abandonnée dont le mari a acquis un nouveau domicile) que le foyer familial — devenu simple résidence de la femme depuis que le mari a acquis un nouveau domicile — ne présente aucun intérêt puisque la

1. Garsonnet, t. II, p. 325; Deffaux et Harel, *Encyclopédie des huissiers*, V° « Exploits », n° 333.

2. D. 1891.1.329.

3. Ch. civ., 2 janvier 1901, S. 1902.1.273 et la note de M. Tissier.

femme ne peut pas être considérée comme n'ayant pas de domicile connu : elle en a un : le nouveau domicile de son mari.

Il en est cependant autrement et ce pour plusieurs raisons dont la dernière seule est spéciale à la femme mariée.

Tout d'abord il arrive constamment qu'une personne passe des contrats, en particulier des contrats de fourniture, « d'entretien » au lieu de sa résidence, résidence habituelle si son domicile, son principal établissement ne coïncide pas avec elle, résidence accidentelle si elle se trouve de passage ou en séjour en un lieu quelconque.

Obliger leurs cocontractants en cas de difficultés surtout en cas de poursuites, à rechercher leur véritable domicile, serait une exigence exagérée. Aussi les tribunaux ont-ils bien souvent admis, surtout pour les fournitures courantes¹, la compétence du tribunal du lieu de la résidence de leur débiteur.

Par quel détour juridique justifier cette mesure ?

Ils l'ont fondée soit sur l'idée d'élection tacite de domicile, soit surtout sur celle de domicile apparent (et ce même dans des cas où le véritable domicile était bien facile à découvrir).

La Cour de cassation a proclamé à plusieurs reprises la validité de l'assimilation de la résidence au domicile lorsqu'elle en présente les apparences et que le demandeur a pu se rompre de bonne foi².

1. Req., 7 juin 1885, S. 1886.1.152.

2. Req., 7 juin 1885, S. 1886.1.152; Req., 4 août 1896, D. 1897.1.605; Ch. civ., 9 mai 1904, S. 1910.1.11; Req., 26 avril 1921 S. 1921.1.313 et la note de M. Esmein; Req., 5 mai 1925, D. H. 1925, p. 367.

Ce sera bien souvent le cas des commerçants chez qui se fournit une femme qui continue à habiter avec ses enfants au foyer familial déserté par son mari. Ses fournisseurs peuvent à juste titre croire que là se trouve son domicile.

D'ailleurs une loi du 6 avril 1932 qui a modifié les articles 56 et 59 du Code de procédure a consacré cette jurisprudence : elle dispose en effet que « les contestations relatives à des fournitures, travaux, locations, louages d'ouvrage et d'industrie peuvent être portés devant le juge du lieu où la convention a été contractée ou exécutée, lorsqu'une des parties sera domiciliée en ce lieu ».

Cette disposition générale modifie grandement, en pratique, la situation spéciale de la femme abandonnée en ce qui concerne son domicile. Pour tous les contrats « usuels » qu'elle passera afin de subvenir à son entretien comme à celui de ses enfants, ses fournisseurs n'auront pas besoin pour la poursuivre, de rechercher quel est le domicile de son mari. Puisqu'ils sont domiciliés « au lieu même où la convention a été contractée et exécutée » le juge de ce lieu sera compétent.

Mais à cette mesure d'ordre général s'ajoutent les dérogations spéciales à la femme qui travaille. Une jurisprudence incontestée¹ admet l'attribution à la femme commerçante d'un domicile spécial indépendant pour ses opérations de commerce : c'est à ce domicile que ses créanciers pourront la poursuivre, que sa faillite sera déclarée.

1. Ch. des req., 1^{er} mai 1823; 12 juin 1883, S. 1884.1.257 et la note de M. Esmein; D. 1883.1.281 et la note; Aubry et Rau, t. I, p. 143; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 983; *Traité pratique* de Planiol et Ripert, t. I, n° 168.

D'accord avec la doctrine¹ cette jurisprudence est étendue aux femmes autorisées à exercer une profession non commerciale.

Mais il n'en reste pas moins que ce domicile n'est qu'un domicile spécial pour tout ce qui concerne le négoce ou la profession de la femme. Pour la femme qui travaille comme pour les autres, le domicile général reste chez le mari.

III. Il y a enfin, nous l'avons dit, une troisième hypothèse : le mari rend la vie commune si intolérable à sa femme que celle-ci s'enfuit du domicile conjugal emmenant la plupart du temps ses enfants avec elle. Nous avons vu que devant les sévices de son mari, la jurisprudence la délie de l'obligation de cohabiter : nous avons fait rentrer cette situation dans les cas de rupture de la vie commune, d'abandon par la faute du mari.

Mais il ne fait pas le moindre doute que le domicile de la femme reste fixé au foyer conjugal que le mari l'a forcé à désertier. Celui-ci en effet reste le domicile du mari. Le maintien de la communauté de domicile entre le mari et la femme séparés de fait est tout aussi certain ici que dans l'hypothèse précédente. Peut-être cependant, est-il un peu moins illogique. Quoi qu'il en soit, cette situation est juridiquement la même : nous pourrions répéter ici tout ce que nous avons dit au sujet de l'hypothèse précédente.

Pour tout ce qui concerne les fournitures, travaux, locations, etc... la compétence du tribunal sera déterminée par la résidence de la femme et non plus par son domicile

1 . *Traité pratique* de MM. Planiol, Ripert et Savatier, t. I, n° 168.

(loi de 1932 modifiant les articles 50 et 59 du Code de procédure civile).

La femme qui exerce un commerce ou une profession quelconque aura pour tout ce qui concerne son travail un domicile spécial, mais qui n'exclura nullement son domicile général qui reste chez son mari, même si celui-ci a consenti à la séparation¹.

Le mari demandeur en divorce assignera valablement sa femme au domicile conjugal, quoiqu'elle réside, de son consentement, dans un autre lieu; c'est devant le tribunal de son propre domicile que le mari portera la demande en réintégration du domicile conjugal².

Ainsi donc l'abandon n'a pas d'influence sur la domiciliation légale de la femme mariée; le domicile du mari reste celui de la femme; le maintien de cette identité ne présente pas de graves inconvénients, nous l'avons vu lorsque le mari — et ce sera un cas fréquent — fait une fugue, déserte pendant un temps plus ou moins long le domicile conjugal, sans pour cela en acquérir un autre. Il conserve donc son domicile au foyer familial et par voie de conséquence, celui de sa femme est maintenu au lieu même où elle réside.

Par contre, il en est tout autrement lorsque le mari acquiert un nouveau domicile ou que la femme quitte un foyer dans lequel son mari lui rend la vie intolérable. Son domicile se trouve alors fixé dans un lieu où il lui est moralement ou pratiquement impossible de vivre, en un

1. Demolombe, t. I, n° 357; Aubry et Rau, t. I, p. 579; Laurent, t. II, n° 84; Baudry-Lacantinerie, n° 306.

2. Cour d'Alger, 6 juin 1870, D. 1870.2.214.

lieu différent de sa résidence véritable. Quelque importance qu'ait pu donner à cette dernière la jurisprudence parfois consacrée par la loi, il n'en reste pas moins que le maintien de cette domiciliation présente de graves inconvénients, et qu'en outre il ne peut se justifier puisque son fondement, l'obligation de cohabiter, a disparu.

C'est donc au législateur que la femme abandonnée doit demander — puisque la jurisprudence ne se reconnaît pas le pouvoir de le lui donner — un domicile autre que celui de son mari. Nous verrons à la fin de notre étude que le projet de 1932 s'est préoccupé de cette question reprise par la Société d'Etudes législatives.

CHAPITRE II

DU DEVOIR DE FIDELITE

Nous retrouvons ici mais à un moindre degré, l'antonomie qui existe, en tous les points de notre étude de la femme abandonnée, entre le droit et le fait. En droit, puisque le mariage est maintenu, le devoir de fidélité subit le même sort : on sait qu'il subsiste même en cas de séparation de corps.

En fait, il est bien rare qu'il soit respecté par les époux séparés. L'abandon amène l'adultère et bien souvent est provoqué par lui. Et, pour ne parler que de l'hypothèse qui nous occupe, le mari abandonne son foyer pour vivre avec une autre femme : l'épouse restée seule « se met en ménage avec un autre homme » : et cela parce que c'est une loi humaine et que cela coûte moins cher de se mettre à deux pour vivre, parce que dans le peuple, la situation d'une femme seule, surtout chargée d'enfants, est dure, très dure. Il n'est pas besoin pour le comprendre d'avoir beaucoup parcouru les quartiers ouvriers, d'avoir souvent pénétré dans ces immenses maisons où s'entassaient les familles pauvres.

Cet état de fait soulève en particulier deux questions : celle de l'adultère, celle du désavœu par le mari des enfants conçus par la femme pendant l'abandon.

Section I. — De l'adultère en cas d'abandon.

Juridiquement, puisque le mariage subsiste, il y a adultère qui doit entraîner les mêmes sanctions qu'en cas de vie commune.

Il est une cause péremptoire de divorce, qu'il émane de l'un ou de l'autre époux (art. 229 et 230); il peut donner lieu à des dommages et intérêts¹ ou à une astreinte² dont le complice serait solidairement tenu : les tribunaux cependant pourront considérer que le dommage moral créé par l'adultère se trouve fort atténué par la séparation de fait.

Mais c'est surtout en ce qui concerne la sanction pénale que l'abandon pose des questions originales. Que doit-on entendre dans notre hypothèse par « maison conjugale », terme qu'emploie l'article 339 du Code pénal ?

La définition exacte de ce mot offre grand intérêt à deux points de vue : alors que la femme est coupable du délit pénal d'adultère quel que soit le lieu où il a été commis, celui-ci n'est punissable chez le mari que s'il a entretenu sa maîtresse dans la « maison conjugale »; en second lieu le mari n'est excusable du meurtre commis sur la personne

1. Cour d'Agen, 18 juillet 1902, D. 1902.2.344; Cour Caen, 28 février 1908, D. 1908.2.297.

2. Cour Toulouse. 29 juin 1864, D. 1864.2.174.

de sa femme surprise en flagrant délit d'adultère que si celui-ci est consommé dans la « maison conjugale ».

La décision la plus récente sur la question est un arrêt de la Cour de Bordeaux en date du 29 mai 1928¹. La Cour après avoir posé que « le domicile conjugal est le domicile commun des époux c'est-à-dire celui où d'après l'article 214 du Code civil la femme est obligée de suivre son mari et d'habiter avec lui », déclare que n'est pas domicile conjugal, en cas de séparation de fait, la résidence du mari en un lieu ignoré de la femme et où dès lors celle-ci ne peut cohabiter; il affirme d'autre part qu'il en est de même en cas d'instance de divorce pour l'habitation du mari à partir de l'ordonnance fixant à la femme une résidence séparée. Par suite, dans aucune de ces hypothèses il n'est coupable du délit d'adultère s'il entretient chez lui une maîtresse.

Cette décision est en opposition formelle avec une jurisprudence et une doctrine nettement établies². Il est étrange qu'elle n'ait pas été portée devant la juridiction suprême : d'ailleurs en ce qui concerne le caractère de la résidence du mari postérieure à l'ordonnance du président, elle a été contredite par deux arrêts récents³.

L'ignorance par la femme de l'endroit où habite son mari n'empêche par l'existence d'une maison conjugale qui est le lieu de résidence du mari. Selon la définition adoptée par la doctrine et la jurisprudence, « la maison conjugale

1. D. 29.2.124 (et la note de M. Nast).

2. Garreau, t. V, n° 2160; Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1637; Cass., ch. criminelle, 28 février 1868, D. 1868.1.233; 10 juin 1880, D. 1881.1.192; Cour de Toulouse, 22 février 1900, D. 1904.2.15.

3. Cour de Montpellier, 3 avril 1930, D. H. 1930-372; Cour de Paris, 9 juin 1931, D. 31.2.164.

est toute habitation où le mari aurait le droit de contraindre sa femme à habiter et où, à l'inverse, elle aurait le droit d'être reçue ». Ce que le Code pénal réprime en son article 339 c'est l'entretien d'une concubine dans la maison où la femme a sa place en droit. Il importe peu que la femme n'y réside pas¹, qu'elle n'y soit jamais venue², qu'elle ait refusé d'y habiter. Peu importe enfin que cette habitation soit la résidence d'un mari qui a abandonné le foyer conjugal pour s'installer ailleurs avec sa maîtresse. La femme peut donc ignorer où se trouve la résidence de son mari, par conséquent être dans l'impossibilité d'y reprendre sa place. Mais son mari peut la contraindre à y demeurer avec lui : cela suffit pour que cette résidence du mari constitue « la maison conjugale » qui, remarquons-le, peut se trouver n'être pas le domicile légal, si, hypothèse fréquente, le mari n'habite pas au lieu de son principal établissement. Donc en cas d'abandon, « la maison conjugale » est le lieu d'habitation du mari et il se rend coupable du délit pénal d'adultère s'il y entretient une maîtresse. Cette expression « lieu d'habitation » exclut les endroits de résidence passagère où il peut se rendre et qui ne peuvent constituer « la maison conjugale ».

Mais, puisque « la maison conjugale » est l'endroit où habite le mari et que par définition la femme vit séparée de lui, le lieu de résidence de la femme ne sera jamais la maison conjugale, même si c'est l'ancien foyer qu'a abandonné le mari. Cela n'empêchera pas l'adultère de la femme

1. Toulouse, 22 février 1900, précité.

2. Ch. civ., 28 novembre 1859, D. 1860.1.254 et Toulouse précité.

d'être un délit puisqu'il est punissable, quel que soit le lieu où il a été commis, mais le meurtre commis par le mari sur la personne de sa femme ou du complice de celle-ci ne sera donc jamais excusable, si l'adultère a été surpris dans la maison que la femme habite par suite d'une séparation de fait¹.

Section II. — Du désaveu par le mari des enfants conçus pendant la séparation de fait.

L'enfant conçu pendant la séparation de fait naît évidemment sous le couvert de la présomption « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* ». Puisque celle-ci subsiste pendant la séparation de corps, situation régulière, légale, *a fortiori* en est-il ainsi en cas de séparation de fait, d'abandon. Celui-ci, nous l'avons dit, laisse subsister le mariage et l'obligation de fidélité. Tous les enfants, conçus par la femme abandonnée sont donc légitimes sauf au mari à les désavouer.

On sait qu'il existe deux sortes de désaveu.

a) Quand la conception remonte à une date où rien ne dispensait les époux de leur devoir de cohabitation, la force de la présomption « *pater is est* » est très grande. Aussi ne peut-elle tomber que devant une preuve certaine de non-paternité c'est le désaveu par preuve certaine.

1. Chauveau-Hélie, t. IV, p. 143.

b) Au contraire, si la conception s'est placée à un moment où la cohabitation n'était pas un devoir pour les époux, la présomption devient singulièrement fragile, car son fondement, la cohabitation, fait défaut : la loi la maintient cependant mais la laisse tomber devant une simple dénégation c'est le désaveu par simple dénégation.

Il semble, qu'en cas d'abandon, il suffira au mari d'employer le second procédé pour désavouer les enfants que sa femme aura mis au monde pendant la séparation : l'illégitimité de ceux-ci est en effet fort à craindre.

Mais la désaveu par simple dénégation n'est admissible que dans des hypothèses limitativement prévues par la loi : il n'est donc pas possible d'y joindre une situation que celle-ci d'ailleurs veut ignorer. Le mari n'aura donc que la ressource du désaveu par preuve certaine.

Aux termes de l'article 312 il devra prouver que pendant la période légale de conception il était, « soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. »

Il est tentant d'assimiler la séparation de fait à l'éloignement, mais la jurisprudence exige la preuve qu'il n'y a à aucun moment réunion entre les époux¹, preuve très difficile à faire comme celle de tout fait négatif².

Aussi le plus souvent le mari devra-t-il invoquer l'ar-

1. Cour de Paris, 3 janvier 1859, S. 1860.1.437; Cour de Lyon, 21 janvier 1881, S. 1881.2.183; Cour de Poitiers, 11 juillet 1921, *Gaz. Pal.*, 21 décembre 1921; Bourges, 18 octobre 1919 et Paris, 24 avril 1920, D. 1921.2.13.

2. Voir cependant, l'arrêt de la Cour de Nancy, 14 mai 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.246.

ticle 313. Prouvant que la naissance « lui a été cachée¹ », il sera admis « à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père ». La séparation de fait est au premier chef un de ces faits, elle constitue une présomption très grave, qui, impressionnant l'esprit des juges, les poussera à admettre le désaveu².

1. Le mari devra établir, non pas qu'il a ignoré la naissance, ce qui du fait de la séparation arrivera souvent sinon toujours, mais que la femme a pris volontairement des mesures pour lui cacher cette naissance, prouvant ainsi l'origine adultérine de l'enfant.

2. Req., 29 juin 1892, S. 1895.†.213; Trib. de Melle, *La Loi*, 31 juillet 1913.

CHAPITRE III

DU DEVOIR DE SECOURS

Le devoir de secours oblige chacun des époux à fournir à l'autre tout ce qui lui est nécessaire pour vivre, « selon ses facultés et son état ». L'article 212 déclare ce devoir réciproque : c'est l'obligation alimentaire entre époux.

Normalement, c'est-à-dire pendant la vie commune, celle-ci s'exécute en nature : chaque époux, dans sa sphère d'activité naturelle, fait les acquisitions qui profitent à tous les deux et ces acquisitions sont payées par la caisse ménagère alimentée par les conjoints, dans une mesure déterminée par la convention matrimoniale et à défaut par la loi.

Mais survient la séparation. Le foyer commun est brisé, l'obligation de secours ne peut plus s'exécuter qu'en argent. Subsiste-t-elle d'ailleurs à l'égard des deux conjoints ?

Section I. — Son maintien en cas d'abandon.

En principe le droit à une pension alimentaire est refusé à celui par la faute duquel a pris fin la vie commune¹. Cette

1. Req., 11 décembre 1888, S. 1891.1.466; Trib. de la Seine, 3 mai 1915, *Gaz. trib.*, 29 octobre 1915; Req., 14 décembre 1923, *Gaz. trib.*, 9 novembre 1924.

mesure doit d'ailleurs être considérée bien plus comme une sanction coercitive que comme la conséquence de la corrélation des obligations du mariage¹. Le conjoint coupable devra au contraire subvenir aux besoins de son époux².

Ainsi donc en cas d'abandon de la femme, hypothèse qui nous intéresse ici, le mari indigent dont la femme dispose de ressources (ce cas se présentera rarement en pratique) ne peut lui réclamer une pension alimentaire puisque c'est à lui qu'est due la séparation. Il ne pourra le faire que s'il offre de reprendre la vie commune et que sa femme refuse sans motif.

Par contre, la femme abandonnée aura toujours le droit d'exiger du mari une pension alimentaire tant qu'il ne lui proposera pas de reprendre la vie commune en lui offrant un foyer convenable³. Et cela que le mari ait déserté le foyer conjugal ou qu'il ait forcé la femme à le quitter en lui rendant la vie intolérable de quelque façon que ce soit.

Dans un cas comme dans l'autre, l'admission de la demande d'aliments ne peut faire aucun doute. Il n'est pas permis au mari par son simple refus, de se dispenser de l'accomplissement du devoir de secourir sa femme. Il alléguerait inutilement qu'il n'en est tenu qu'à la condition

1. M. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 369.

2. Cour de Paris, 3 février 1921, D. 1921.2.151; Cour de Paris, 16 décembre 1914, D. 1917.2.82; Trib. Seine, 10-11 juillet 1922, D. 24.2.105 et note de M. Nast; Limoges, 4 avril 1921 et Paris, 3 février 1921, D. 1921.2.107 et 150.

3. Ch. req., 2 janvier 1877, S. 1877.1.257; Trib. Seine, 13 janvier 1882, *Gaz. Pal.* 1882.1.269; Cass., 30 juin 1903, D. 1904.5.416; Cour de Paris, 16 décembre 1914, D. 1917.2.82 et 3 février 1921 précité. Et aussi Req., 27 janvier 1908, D. 1908.1.154 et Req., 17 mars 1926, S. 1926.1.215; Cour de Lyon, 22 novembre 1933, S. 1934.1.236 et Orléans, 15 février 1934, *Gaz. Pal.*, I, p. 546.

que sa femme habite avec lui. Le défaut d'accomplissement de cette condition provenant de la faute du mari, la condition sera réputée accomplie au profit de la femme en vertu de l'article 1178 du Code civil.

Le mari désireux de briser son mariage, ne pourra pas davantage soutenir que, dispensée par son abandon d'habiter avec lui, sa femme ne peut pas pour cela se contenter d'une séparation de fait, et qu'il lui faut employer le seul moyen que la loi lui offre : divorce ou séparation de corps. S'il est vrai que la loi n'offre que cette voie à la femme, elle ne la lui impose pas : si la femme répugne à s'y engager, s'il lui plaît d'exiger que son mari accomplisse vis-à-vis d'elle les engagements qui lui incombent par le fait du mariage, elle doit pouvoir l'y contraindre par une action directe, tendant à obtenir la pension alimentaire : nous l'avons dit, la femme bien souvent ne veut pas s'engager dans la voie du divorce car elle garde l'espoir d'un revirement, d'un retour au foyer conjugal. Pourquoi ne pas favoriser de tels desseins ?

De plus, en admettant l'action directe, les tribunaux déjoueront les calculs du mari, qui, en maltraitant sa femme ou en l'abandonnant n'a souvent d'autre but que de forcer celle-ci à demander une rupture qu'il désire mais ne pourrait obtenir faute de griefs à alléguer contre elle.

Le droit de la femme abandonnée à une pension alimentaire est donc indiscutable. Mais de quelles sanctions disposera-t-elle contre son mari si celui-ci n'exécute pas l'obligation d'entretien ?

Section II. — Sanctions de son inobservation.

En dehors du droit de demander le divorce ou la séparation de corps, toute violation d'un devoir réciproque né du mariage pouvant être considérée comme une injure grave¹; la femme abandonnée ne disposait avant 1907 d'aucune autre sanction possible que les voies d'exécution de droit commun. Le droit de cesser la vie commune que la jurisprudence accorde à la femme dont le mari n'exécute pas son obligation d'entretien² est en effet rendu inopérant du fait même de l'abandon.

La femme, il est vrai, avait encore la possibilité de demander la séparation de biens. Les tribunaux, en effet, comme nous le verrons plus loin³, élargissant le domaine de cette action la déclaraient recevable quand les revenus des propres ou de la communauté étaient détournés de leur destination légale : l'entretien de la famille.

Mais la loi du 13 juillet 1907 est venue remplacer, en partie du moins, cette jurisprudence en apportant à la femme un moyen simplifié de se faire payer sa pension : la saisie-arrêt des salaires et produits du travail de son mari.

La loi du 7 février 1924, de son côté, à créé le délit d'abandon de famille, sanction pénale frappant les débi-

1. N. B. — Dans un récent arrêt (22 novembre 1933, S. 1934.2.136) dont nous avons déjà parlé, la cour de Lyon déclare : « le fait pour le mari de laisser sa femme sans ressources est en soi injurieux et justifie sa demande en divorce. »

2. Req., 4 mars 1914, D. 1916.1.31. Voir également les arrêts cités, p. 51, note 3.

3. Voir p. 63 et 64.

teurs de pensions alimentaires qui restent un certain temps sans s'acquitter de celles-ci.

I. *La saisie-arrêt de la loi de 1907.*

Cette voie d'exécution est utilisable pour subvenir à toutes les charges du ménage ; elle concerne aussi bien les devoirs de secours entre époux que l'obligation d'entretien des enfants par les parents¹.

Cette loi, comme l'indique son intitulé, « loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage » contient deux parties : dans la première (articles 1 à 6) elle détermine les droits de la femme sur son salaire ; nous en parlerons dans la deuxième partie de notre étude. Dans la deuxième, elle crée une saisie-arrêt simplifiée pour garantir la contribution des époux aux charges du ménage (articles 7 et suivants).

Pour être valable, cette saisie-arrêt n'exige qu'une seule condition : l'insuffisance ou l'absence de contribution du conjoint saisi aux charges du ménage. « Faute par l'un des époux, dit l'article 7 de la loi, de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, etc.. ».

Cette non-contribution est la condition nécessaire et suffisante de la saisie-arrêt : la loi n'en exige pas d'autre : il n'est, par exemple, absolument pas indispensable que l'époux saisissant soit dans la misère, le dénuement : même s'il possède des ressources, la saisie n'en sera pas moins possible, pourvu qu'il établisse que son conjoint ne parti-

1. Cour de Paris, 7 décembre 1907, S. 1909.2.129 et la note de M. Wahl.

cipe pas, dans une mesure proportionnelle à ses facultés, aux charges du ménage.

Une décision qui a suivi de près la promulgation de la loi a cependant semblé établir qu'il existait une seconde condition nécessaire pour que la saisie soit possible. Le tribunal civil de Boulogne-sur-Mer déclara en effet le 5 mars 1908¹ que « la loi du 13 juillet 1907 n'a pas été édictée en vue de la situation d'époux qui ont cessé de vivre en commun ». Il fonda cette décision sur le fait que le législateur parle des « charges du ménage » et non des « charges du mariage ». Or en cas d'abandon, de séparation de fait, il n'y a plus « un ménage », c'est-à-dire une famille groupée sous le même toit.

Cet argument était assez faible car les deux formules sont interchangeables : le législateur lui-même emploie indifféremment l'une ou l'autre².

D'ailleurs, rejeter la saisie-arrêt simplifiée de la loi de 1907 en cas d'abandon constitue une limitation parfaitement illogique. C'est enlever aux époux une arme au moment où ils en ont le plus besoin, la femme surtout.

Il est certain qu'un époux risque beaucoup plus de se voir laissé sans ressources (pour subvenir aux charges du ménage) par son conjoint en cas de séparation de fait qu'en cas de vie commune³.

Enfin cette limitation est tout à fait contraire aux tra-

1. D. 1909.2.17 et la note de M. Lalou.

2. Voir articles 1409, 1537 et 1448.

3. N. B. — Il est à remarquer d'ailleurs, que la limitation au cas de ménage commun de la loi de 1907, est tout aussi illogique pour le droit de la femme sur ses salaires que pour son droit de saisie-arrêt. On ne voit pas la raison pour laquelle la femme aurait tous les droits sur son salaire quand elle vit avec son mari, c'est-à-dire, en bonne intelligence avec lui, alors qu'elle n'a pas

vaux préparatoires de la loi¹ : les différentes propositions de loi (proposition Jourdan, proposition Goirand) qui furent à l'origine de la loi de 1907 n'octroyaient cette saisie-arrêt qu'à la femme abandonnée. Ce n'est que lors de la discussion de la loi que le droit de saisie-arrêt fut étendu à toutes les femmes mariées.

Le tribunal de Boulogne a donc commis dans cette décision une lourde erreur : celle-ci a d'ailleurs été réparée par la Cour de cassation² qui proclame l'attribution du droit de saisie-arrêt à tous les époux « sans qu'il y ait lieu de distinguer s'ils vivent ensemble ou sont séparés de fait ».

Cependant ce droit est enlevé en cas de séparation de fait à celui qui en est responsable³; dans notre hypothèse ce sera le mari. Nous avons vu en effet que celui qui provoque par sa faute la rupture de la vie commune, qui ne respecte pas les obligations du mariage, ne peut exiger de son conjoint le respect des siennes.

En outre, le droit de saisie-arrêt est également supprimé dans une hypothèse de séparation à caractère légal : au cours d'une instance en divorce ou en séparation : selon les articles 338 et 340, c'est le juge conciliateur ou le tribunal civil⁴ qui statue alors « sur les demandes relatives

à craindre qu'il détourne ses biens de leur destination : les besoins du ménage; et pourquoi, au contraire, elle perdrait tous ces droits quand elle vit séparée de son mari, c'est-à-dire dans une situation où son salaire lui sera indispensable et où elle devra craindre que son mari ne le dissipe.

1. Voir les articles de M. Pichon dans la *Rev. critique de législation et de jurisprudence* de 1908.

2. Ch. civile, 1^{er} février 1909, D. 1909.1.85 et S. 1909.1.209 avec la note de M. Tissier.

3. Req., 13 juillet 1915, S. 1915.1.7.

4. N. B. — Ou encore le juge des référés qui peut être amené à statuer, non seulement sur la résidence de la femme comme l'y autorise l'alinéa 5 de l'article 238, mais encore selon la jurisprudence, pour toutes mesures provisoires et urgentes. (Req., 8 mars 1916, D. 1916.1.73 et 17 février 1930, *Gaz. Pal.* 30.4.1930; 10 novembre 1930, *Gaz. Pal.* 25.11.1930).

aux aliments pour la durée de l'instance » : ces mesures, on le sait, sont essentiellement provisoires (elles « peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance » dispose l'article 338, alinéa 5). Le tribunal de paix de Saint-Nazaire s'est déclaré compétent le 26 juillet 1909¹ pour donner l'autorisation de saisie-arrêt à un époux qui était en instance de divorce ; il a par là excédé ses pouvoirs car il ne peut en arbitrant la contribution des époux aux charges du ménage, tenir en échec les pouvoirs que les articles 338 et 340 attribuent au juge conciliateur ou au tribunal pour régler tout ce qui concerne la pension alimentaire : c'est ce qu'ont affirmé les décisions jurisprudentielles postérieures².

Ainsi donc, à part ces deux exceptions que nous venons d'indiquer, cette saisie-arrêt peut être exercée quelles que soient les circonstances de fait.

Elle n'exige, répétons-le, qu'une seule condition, nécessaire et suffisante : l'insuffisance ou l'absence de contribution du conjoint saisi aux charges du ménage.

L'une de ces caractéristiques est d'être très simple : c'est le juge de paix du domicile du mari, nous le savons, qui est compétent pour connaître de la demande, et cette compétence spéciale n'est pas limitée à un chiffre donné³. Une

1. D. 1910.2.9 et la note de M. Lalou.

2. Cour de Toulouse, 30 octobre 1909 et Tribunal de paix de Brest, 8 octobre 1909, D. 1910.2.281 ; Tribunal de la Seine, 14 février 1911, D. 1912.2.48.

3. N. B. — Il n'est pas question en effet, de limiter la compétence du juge de paix au taux du droit commun et cela pour une raison bien simple, c'est qu'il n'y a pas ici de taux de droit commun. En effet, la loi de 1905 n'attribue compétence au juge de paix pour connaître des demandes de pensions alimentaires que si elles n'excèdent pas six cents francs (quinze cents francs depuis la loi du 1^{er} janvier 1926) et si elles portent sur les articles 205, 206, 207 du Code civil. Or, la demande d'un époux contre son conjoint est basée sur l'article 212. Avant la loi de 1907, le juge de paix était donc parfaitement incompétent.

simple lettre recommandée (article 8) convoquera les époux dont la comparution personnelle est exigée « sauf empêchement absolu et dûment justifié ». Le législateur désire en effet éviter l'intrusion d'hommes de loi dans cette instance à caractère familial. La décision du juge qui peut d'ailleurs parfaitement être modifiée par la suite si la situation des conjoints vient à changer, doit être signifiée à l'époux saisi et au tiers saisi. Elle vaut attribution au saisissant des sommes dont la saisie a été autorisée (article 9).

Ainsi donc le patron paiera directement à la femme la portion des salaires ayant fait l'objet de la saisie-arrêt.

Malheureusement, cette saisie est souvent pour la femme une arme bien peu efficace : et cela pour les deux raisons suivantes : elle peut se heurter à d'autres saisies-arrêts, elle ne porte que sur une catégorie de revenus : les salaires ou produits du travail.

La femme, en effet, n'a pas sur les salaires du mari, du fait de cette saisie, un droit préférable aux autres créanciers. Certes, la loi de 1907 dispose que le jugement vaut attribution à la femme. Certes, M. Viollette, rapporteur de la loi devant la Chambre, déclara dans son rapport : « Il faut envisager l'éventualité où cette saisie se trouvera en concurrence avec une ou plusieurs saisies émanant d'autres créanciers : nul doute qu'elle devra être satisfaite par préférence à toutes autres... Les sommes qu'il s'agit de saisir-arrêter ont un caractère alimentaire. »

C'est également l'opinion de plusieurs auteurs, en particu-

lier de M. Martin¹ qui déclare que « la saisie-arrêt de la loi de 1907 est fondée sur l'affectation ménagère des salaires du conjoint saisi; la créance de salaires du conjoint saisi est grevée, à raison de son origine, d'une affectation qui en écarte, en cas de saisie-arrêt pratiquée sur elle par le conjoint, tous les autres créanciers, même déjà opposants du conjoint saisi. »

Mais la déclaration du rapporteur d'une loi, l'opinion d'un auteur si éminent soit-il, ne peuvent rien contre le mutisme de la loi elle-même sur ce point, contre le principe qu'il n'y a pas de privilège sans texte. Il serait profondément injuste de voir, comme le préconise M. Martin, le conjoint saisissant primer des créanciers munis d'un véritable privilège. « La seule solution possible est le maintien du droit commun : le concours du conjoint avec tous les créanciers saisissants non privilégiés². »

En second lieu et surtout, cette saisie-arrêt est trop souvent inopérante parce qu'elle porte sur une seule catégorie de revenus « les salaires et produits du travail ». Par salaire, il faut entendre, il est vrai, « toutes les sommes dues par un employeur au mari (ou à la femme) comme prix de son travail³ ». Quant aux produits du travail, ce sont les sommes autres que les salaires que le patron peut devoir au mari comme rémunération de son activité : c'est le cas pour un travailleur à l'entreprise qui ne reçoit pas à proprement parler un salaire. Sont également des produits du travail les pensions de retraite, d'assurances

1. Dans Aubry et Rau, t. VII, n° 470, p. 204, n° 13. V. aussi Morin, p. 343.

2. M. Rouast, t. II du *Traité pratique*, Planiol et Ripert, n° 358.

3. M. Rouast, *loc. cit.*, n° 354.

sociales ou d'accidents de travail : les pensions sont des substituts du salaire ; elles ont le caractère de propres, il est vrai, mais leurs arrérages tombent en communauté.

Toutes ces créances sont saisissables par la femme et le mari ne saurait lui opposer qu'elles sont frappées d'insaisissabilité, intégralement ou partiellement : l'insaisissabilité ne concerne pas les dettes alimentaires et au premier chef celles qui sont nées du devoir de secours.

Elle ne présente donc d'efficacité que si le mari travaille : encore cette formule nous paraît-elle trop large. Elle est absolument inopérante, si le mari n'a pas de métier, s'il vit de ses rentes ; mais elle l'est également dans de nombreuses hypothèses où le mari travaille : par exemple, quand il n'a pas d'employeur fixe, qu'il vit d'expédients ou encore exerce un métier rétribué de telle façon que le tiers saisi ne peut être déterminé, que, par conséquent, la saisie-arrêt n'est pas possible ; ces hypothèses sont malheureusement trop fréquentes.

La femme devra alors employer les voies d'exécution de droit commun, infiniment plus complexes et qui exigent une condamnation préalable à une pension alimentaire : nous savons combien cette arme est peu efficace.

Trop souvent, la femme abandonnée est impuissante à exiger de son mari le paiement de la pension qu'il lui doit. « J'ai vu un nombre considérable de familles abandonnées par le mari » déclarait en 1913, à la Société Générale des Prisons, M. Hennequin, directeur honoraire au Ministère de l'Intérieur « où la femme et les enfants se trouvaient dans la détresse matérielle et morale la plus complète, et je crois qu'en ce qui concerne tout au moins

le monde ouvrier, la femme n'est guère pourvue de moyens de défense ou que, s'il y a des moyens de défense légaux, ils sont trop souvent inapplicables. Nous avons bien souvent cherché à obliger un mari qui a abandonné sa femme à remplir les obligations que lui imposait la loi, que lui imposait une décision judiciaire spéciale portant allocation d'une pension alimentaire; presque jamais nous n'y sommes parvenus ». (*Bull. de la Société*, 1914, p. 65.)

La doctrine est unanime pour demander au législateur d'élargir le domaine de la saisie-arrêt de la loi de 1907 en la faisant porter sur tous les revenus du mari, quelle qu'en soit la source. Et par revenus du mari, il faut entendre aussi bien ses revenus propres que les revenus des biens communs.

La Belgique, par la loi du 20 juillet 1932, a précédé la France dans cette voie : il ne s'agit plus seulement des « produits du travail » mais des « créances, revenus et produits du travail ».

Mais si étendue soit-elle, cette saisie-arrêt n'en restera pas moins impossible dans de nombreux cas; bien souvent le tiers saisi sera indéterminable, parfois même la femme ignorera où se trouve son mari. Toute comparution devant le juge de paix, formalité préalable à la saisie-arrêt, sera donc impossible.

Il ne restera à la femme que la ressource de demander la séparation de biens. Le Code cependant ne semble pas lui en laisser la possibilité¹. « La séparation de biens, dit-il dans son article 1443, ne peut être poursuivie qu'en justice

1. Voir, par contre, les codes allemand (art. 1468) et suisse (art. 183).

par la femme dont la dot a été mise en péril et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les droits de reprises de la femme». Mais la jurisprudence a étendu très largement cette disposition, d'accord avec la doctrine¹ : elle n'exige pas que la dot ou les reprises de la femme soient compromises en capital : il suffit que le mari en gaspille les revenus et qu'il les détourne de leur destination légale : l'entretien de la famille². Cette jurisprudence qui avait surtout l'occasion de s'appliquer avant que la loi de 1907 ne vint donner à la femme un droit sur les salaires de son mari, n'en reste pas moins certaine.

Malheureusement la séparation sera souvent à peu près inutile car elle portera sur bien peu de choses.

II. Délit d'abandon de famille créé par la loi du 7 février 1924

Plus récemment le législateur a tenté de renforcer encore la sanction de l'inobservation du devoir alimentaire. Plutôt que de rétablir, pour le cas particulier de non-paiement d'aliments, la contrainte par corps comme le préconisait la Société des Prisons³, le Parlement, imitant en cela les législations étrangères, a transporté ce fait dans le domaine pénal créant le délit d'abandon de famille.

1. Huc, t. IX, n° 263; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 911; Laurent, t. XXII, n° 209; Aubry et Rau, t. VIII, n° 516, note 20; Planiol, t. III, n° 1172; Colin et Capitant, t. III, p. 172; Nast (dans *Traité pratique*), t. VIII, n° 700.

2. Req., 17 mars 1847, S. 1847.1.421; Cour de Toulouse, 10 mai 1884, S. 1884.2.184; Orléans, 20 janvier 1887, D. 1890.2.38; Ch. civile, 7 février 1894, S. 1894.1.269; Dijon, 24 juillet 1895, S. 1897.2.21.

3. Texte présenté à la Chambre par cette Société, *J. O.*, 2 mai 1923, n° 5619.

La loi du 7 février 1924, en effet, dispose : « Sera tenue pour coupable d'abandon de famille et sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an ou d'une amende de cent à deux mille francs, toute personne qui, ayant été condamnée soit en vertu de la loi de 1907, soit en vertu d'une ordonnance ou d'un jugement, à fournir une pension alimentaire à son conjoint... sera volontairement demeurée plus de trois mois sans acquitter les termes de ladite pension ».

Or la loi de 1907 ne donne pas à proprement parler au juge de paix le droit de condamner le conjoint au versement d'une pension alimentaire¹ : celui-ci accorde simplement une autorisation de saisir-arrêter une certaine portion de salaires. Le tribunal correctionnel de Valenciennes en conclut le 3 décembre 1924², que « c'est par erreur que la loi de 1924 vise la personne condamnée à fournir une pension alimentaire en vertu de la loi du 13 juillet 1907, puisque celle-ci ne permet de prononcer aucune condamnation », et il relaxa le mari prévenu d'abandon de famille.

Le législateur reconnut que la formule qui avait été employée était impropre, et par la loi du 3 avril 1928 la modifia en ces termes : « sera tenue pour coupable... toute personne qui, au mépris d'une décision rendue contre elle en vertu de l'article 7 de la loi de 1907 (et non plus condamnée en vertu de la loi de 1907)... » Le texte de la loi

1. N. B. — Cependant, un jugement du tribunal de la Seine, 4 février 1931, D. 31.2.63 avec la note de M. Lalou, admet la théorie adverse, à tort nous semble-t-il. V. la note précitée.

2. D. 1927.2.109.

ne laisse donc plus subsister aucune ambiguïté sur ce point.

On sait que cette condamnation, pour délit d'abandon de famille, peut entraîner la déchéance de la puissance paternelle; de plus, la femme de celui qui la subit est dispensée de se faire autoriser pour ester en justice ou contracter : l'autorisation de justice lui suffira.

Il semble que cette sanction constitue pour la femme abandonnée une arme particulièrement efficace pour obtenir de son mari le secours auquel elle a droit. Mais outre qu'elle exige, comme la précédente d'ailleurs, intervention de l'autorité judiciaire, et nous savons combien dans les classes populaires on répugne à aller devant les tribunaux, elle est, elle aussi, inopérante lorsque la résidence du mari est inconnue, hypothèse malheureusement fréquente. Il faut reconnaître, il est vrai, que dans ce cas, aucune sanction directe n'est possible contre le mari.

CHAPITRE IV

DU DEVOIR D'ASSISTANCE

Le devoir d'assistance se résout selon la doctrine en l'obligation pour chaque conjoint de donner des soins à l'autre lorsqu'il est malade ou infirme. Il semble donc qu'il ne puisse plus en être question en cas de séparation de fait, d'abandon, d'autant plus qu'au contraire du devoir de secours, qui est une obligation de donner, le devoir d'assistance est une obligation de faire. Mais le créancier d'une obligation de faire ne peut-il pas en cas d'inexécution de la part de son débiteur faire exécuter cette obligation par une tierce personne aux frais du débiteur; c'est en ce sens qu'a statué en 1922¹, dans un cas de séparation de fait, le Tribunal de la Seine qui déclare qu'un mari doit régler les honoraires d'une intervention chirurgicale subie par sa femme quoiqu'il paye déjà à celle-ci une pension. Il s'appuie pour cela sur la persistance du devoir d'assistance. « Attendu, dit-il, qu'aux termes de l'article 212, les époux se doivent mutuellement assistance alors même qu'ils vivent séparés de fait ».

Mais n'est-il pas plus simple, plus logique surtout de

1. Trib. de la Seine, 11 juillet 1922, D. 1924.2.105, note de M. Nast.

baser cette obligation du mari sur le fait que les soins médicaux sont une charge du ménage, donc selon l'article 1409 alinéa 5 dette commune : il est parfaitement normal que le mari la paie. Il s'agit plutôt ici d'une obligation de secours.

A notre humble avis il vaudrait mieux réserver le terme de devoir d'assistance à l'obligation pour chaque époux de donner des soins personnels à son conjoint. Il s'entend beaucoup moins des secours d'ordre matériel que de l'aide morale que doivent s'apporter réciproquement les époux dans le mariage. Le mariage implique tout de même des devoirs moraux positifs ; comme ils ne peuvent être contenus dans les obligations de cohabitation ou de secours, devoirs d'ordre matériel, ou dans l'obligation de fidélité, devoir d'abstention, il faut bien qu'ils se trouvent dans le devoir d'assistance. Le mari ne se sera pas acquitté de celui-ci parce qu'il aura réglé les notes de dentiste et de chirurgien de sa femme. Il doit payer, mais de sa personne, et ne peut se substituer quiconque pour remplir ce devoir.

Il est certain qu'entendu dans ce sens, ce devoir ne peut plus être exécuté en cas d'abandon. Son inexécution peut constituer une injure grave, donc autoriser une demande en divorce ; il nous paraît, par contre, que selon le mot de M. Josserand, « ce devoir d'essence très élevée est de ce chef privé de toute sanction pécuniaire¹ ».

1. Dans le même sens, Planiol et Ripert (*Traité élémentaire*, t. I, n° 918). En sens contraire, M. Rouast (*Traité pratique*, t. II, n° 360).

CONCLUSION

Ainsi donc, si légalement, le mariage subsiste, en pratique, la séparation de fait ne permet pas l'observation des devoirs du mariage. Par définition même l'obligation de cohabitation (et il nous semble qu'il faut en dire autant du devoir d'assistance) n'est plus remplie; nous l'avons vu, l'autorité judiciaire en délie la femme, lorsque son mari ne remplit pas les devoirs que lui impose le mariage, soit en négligeant « de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie », soit en ne respectant pas sa dignité, en lui rendant la vie commune intolérable de quelque façon que ce soit.

Elle est, par contre, à peu près incapable de contraindre le mari à observer le devoir de cohabitation, quand la femme veut reprendre la vie commune. Le domicile de la femme reste fixé chez son mari, bien que la raison de cette situation ait disparu; il n'est plus qu'une entité juridique qui fait vivre la femme à un endroit où elle ne peut plus être.

La pratique nous apprend, en outre, que le devoir de fidélité est, lui aussi, rarement respecté. Enfin, les cir-

constances, l'ignorance de l'endroit où il se trouve enlève malheureusement trop souvent à la femme la possibilité d'exiger de son mari l'exécution de son devoir de secours.

Malgré l'abandon, la loi maintient le mariage avec les devoirs qui en découlent entre les époux, mais ce n'est plus guère qu'une fiction.

DEUXIÈME PARTIE

Situation patrimoniale de la Femme abandonnée à l'égard de son mari et à l'égard des tiers

Nous sommes restés presque exclusivement, jusqu'à présent, sur le terrain extra-patrimonial. Il importe maintenant d'étudier l'attitude de la femme abandonnée à l'égard des biens du ménage, par conséquent ses rapports avec les tiers. Mais ces questions si elles mettent en jeu ceux-ci, y maintiennent aussi le mari : elles ne sont que l'étude de l'incapacité de la femme, conséquence de la puissance maritale. Puisque la loi veut ignorer la séparation de fait, elle maintient donc cette prérogative maritale comme elle maintient les devoirs nés du mariage. Mais là comme ici la réalité n'est-elle pas tout autre ?

De la puissance maritale découlent, outre l'incapacité de la femme, les règles selon lesquelles la femme prend le nom et le domicile de son mari, le mari contrôle les relations et la correspondance de sa femme, enfin autorise celle-ci à prendre une profession.

Mais la question du nom ne nous semble pas offrir grand intérêt ; le contrôle par le mari des relations et de la cor-

responsance de sa femme ne paraît guère possible en cas d'abandon : le serait-il d'ailleurs qu'il semblerait juste de décider, au nom de la corrélation des obligations nées du mariage que le mari, coupable d'abandon, ne saurait conserver ce droit de contrôle.

Le droit pour le mari d'autoriser sa femme à exercer une profession doit-il subir le même sort ? Nous répondrons plus loin à cette question.

Mais revenons à l'incapacité de la femme. Pendant la vie commune, on le sait, le mari a la direction du ménage. Il a l'administration et la disposition des biens communs qui constituent la seule ressource de la plupart des ménages. Il joue le rôle capital dans les contrats : soit qu'il traite lui-même, soit que sa femme le représente de par la fiction du mandat tacite, il est directement engagé : sa femme par contre ne l'est pas. Mais survient la séparation de fait, l'abandon ; il faut que la femme vive ; chaque jour elle aura des actes à passer. Or elle est incapable pour la plupart d'entre eux.

Il est indispensable, cependant, de donner une certaine force à ses engagements, pour qu'elle puisse jouir d'un certain crédit, pour que les tiers qui contracteront avec elle ne soient pas lésés. En effet, si les tiers connaissent sa situation d'abandonnée, ils refuseront bien souvent de contracter avec elle. Si, au contraire, ils l'ignorent ils seront désagréablement surpris, après avoir effectué telle ou telle prestation, de se voir opposer la nullité de l'engagement de la femme.

Quelles sont donc les conséquences de l'abandon sur cette incapacité ?

Celle-ci est très large, on le sait, de droit commun ; mais elle peut se trouver restreinte, soit par la loi lorsque la femme exerce un commerce ou une profession, soit par la convention, c'est-à-dire par le contrat de mariage qui unit les deux époux. Nous sommes donc tentés de diviser l'étude de la situation patrimoniale de la femme abandonnée en trois parties : situation de la femme commune en biens, situation de la femme exerçant un commerce ou une profession, situation de la femme mariée sous un régime autre que la communauté légale. Mais la majorité des Français, surtout dans les classes populaires où sévit particulièrement l'abandon, sont mariés sans contrat. L'hypothèse de régimes autres que la communauté offre donc ici peu d'intérêt. Nous nous contenterons d'en dire quelques mots.

TITRE PREMIER

Femme mariée sous le régime de communauté

Il est hors de discussion que l'abandon n'empêchera pas la femme d'accomplir librement les actes personnels pour lesquels le Code durant la vie commune lui accorde pleine capacité. Mais la plupart d'entre eux n'ont guère d'intérêt pour la vie de chaque jour. Elle n'est pas quotidiennement l'objet d'une action pénale, il importe donc assez peu que l'autorisation du mari lui soit inutile lorsqu'elle est poursuivie en matière criminelle ou de police (art. 216). Il en est de même pour d'autres actes essentiellement personnels comme la reconnaissance d'un enfant naturel (art. 337), la rédaction d'un testament (art. 226) la révocation d'une donation faite par elle à son époux (art. 1096) et, comme nous le verrons plus loin, pour les actes de puissance paternelle ou de tutelle dont elle peut se trouver chargée.

Si elle possède des biens propres, ceux-ci sont, on le sait, soumis à l'administration du mari; celui-ci abandonne-t-il cette prérogative, la femme pourra se faire autoriser par le pouvoir judiciaire à accomplir tout acte qui les concerne; elle pourra louer ses biens propres et toucher sur ses simples quittances les revenus de ceux-ci¹. Selon M. Hemard²

1. Cour de Nîmes, 9 mai 1860, D. 60.2.219; Dijon, 13 novembre 1895, D. 1896.2.133.

2. Req., 8 novembre 1905, S. 1907.1.145.

toute autorisation judiciaire semble inutile car il soutient que la femme séparée a capacité sur ses biens propres par le fait d'une autorisation tacite donnée par son mari en l'abandonnant. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de la présomption d'autorisation dans l'hypothèse de l'abandon.

Elle pourra également intenter contre son mari l'action en séparation de biens¹ : il n'est pas douteux en effet qu'en se désintéressant de l'administration des biens de sa femme le mari se rend coupable de négligence et met les biens de la femme en péril.

En dehors même de la séparation de biens, la femme pourra, mais à la dissolution de la communauté seulement, demander à son mari des dommages et intérêts en réparation de sa mauvaise gestion : l'art. 1428 du C. civ. rend en effet le mari responsable en tant qu'administrateur des propres de sa femme.

Mais il ne faut pas oublier que, dans la majorité des cas, la femme abandonnée, surtout dans les classes populaires, n'a pas de biens propres : il n'est pas question pour elle d'avoir des immeubles et elle n'a pu se constituer de propres car elle s'est presque toujours mariée sans contrat. Quand elle a quelques ressources elle les tire des biens communs. La question essentielle à approfondir est donc celle des pouvoirs de la femme abandonnée sur les biens communs.

Nous allons voir quels pouvoirs le Code a accordés à la femme sur ceux-ci, nous réservant d'étudier ensuite l'œuvre sur ce point, de la législation postérieure, puis de la jurisprudence.

1. Cour de Dijon, 24 juillet 1895, D. 96.2.359.

CHAPITRE PREMIER

POUVOIRS ACCORDES PAR LE CODE A LA FEMME SUR LES BIENS COMMUNS

Le Code donne au mari sur les biens communs des droits exclusifs d'administration : dans les deux premiers projets de Code civil, Cambacérès accordait à chacun des époux le droit d'administration¹. Mais il abandonna cette idée dans son troisième projet. Le Code donne l'administration des biens communs au mari et au mari seul (art. 1421); le contrat de mariage ne peut porter à cette prérogative aucune atteinte.

Certes il n'est pas contesté que la femme a le droit d'accomplir tous les actes conservatoires : il n'y a aucun motif pour ne pas le lui permettre puisque ces actes peuvent être faits par des incapables. Elle participe à l'administration de la communauté en concourant à un acte passé par le mari ou même en contractant seule munie de son autorisation ou de son mandat, mais ce n'est qu'exceptionnellement que le Code donne à la femme des droits personnels d'administration sur la masse commune. Alors que la tradition née avec le régime de communauté lui-même transférait entre les mains de la femme les pouvoirs d'admini-

1. De même Laurent, dans son *Avant-Projet* (1882).

nistration du mari, lorsque celui-ci pour une raison quelconque ne pouvait les exercer, le Code n'applique plus ce principe que dans quelques hypothèses très restreintes.

Tout d'abord l'article 124 autorise la femme dont le mari a été déclaré absent et qui a opté pour la continuation de la communauté « à prendre l'administration des biens de l'absent ».

De plus, en cas d'internement ou d'interdiction du mari, la femme pourra être nommée tutrice ou administratrice judiciaire, elle sera donc à ce titre chargée de l'administration de la communauté. Il est à remarquer que dans aucun de ces cas la femme n'est substituée de plein droit au mari dans la gestion des affaires communes.

En troisième lieu on connaît la double exception portée par l'article 1427 à la règle que la femme agissant avec l'autorisation de justice n'engage que la nue propriété de ses biens propres. Cet article porte que « pour tirer son mari de prison ou pour l'établissement de ses enfants en cas d'absence du mari », la femme peut engager la communauté.

Si la première hypothèse a beaucoup perdu de son intérêt depuis que la contrainte par corps est disparue en matière civile, la seconde par contre, nous intéresse bien davantage. Car, par la formule « en cas d'absence du mari » employée par l'article 1427, il faut entendre sa non-présence au sens large. La femme abandonnée pourra donc sans aucun doute possible disposer des biens communs pour doter ou établir ses enfants -- j'entends ses enfants communs.

Enfin la femme a le droit de disposer par testament de sa part de communauté : ceci ne résulte pas d'une disposition

expresse du Code mais du principe que la femme mariée est pleinement capable de tester. D'ailleurs comme le testament ne produit ses effets qu'à la fin de la communauté il ne s'agit plus en réalité de biens communs.

Telles sont les hypothèses exceptionnelles dans lesquelles le Code a donné à la femme des pouvoirs d'administration sur les biens communs. Ici encore, on le voit, il s'agit d'actes répondant à des hypothèses spéciales qui se présenteront bien rarement devant la femme abandonnée.

Il est naturellement assez tentant d'élargir le domaine de ces dispositions en procédant par analogie : pourquoi ne pas assimiler à l'état d'absence au sens technique du mot celui du mari non présent, absent au sens ordinaire du terme. Ce serait revenir à l'ancienne tradition, à une disposition générale autorisant la femme à remplacer le mari dans ses pouvoirs sur la communauté, chaque fois que pour une raison quelconque celui-ci ne peut les exercer.

Le droit français ne ferait en cela qu'imiter diverses législations étrangères comme le Code allemand, qui en son article 1450 assimile la maladie à l'absence, et le Code portugais, qui en cas d'empêchement du mari donne automatiquement à la femme des droits d'administration des affaires communes.

Evidemment, la situation de la femme abandonnée est tout aussi pénible, difficile que celle de la femme dont le mari a disparu : elle est exactement la même. Mais ces dérogations au principe de l'unité d'administration, idée essentielle qui domine le régime de communauté,

doivent rester exceptionnelles. L'article 1421 en interdit l'extension autrement que par voie législative.

Tout au plus peut-on, par analogie avec le cas d'absence du mari, permettre à la femme de s'adresser directement au président du tribunal pour se faire autoriser en référé à accomplir les actes urgents¹. Pothier puis Tronchet permettaient déjà cette assimilation admise par la majorité de la doctrine². La loi de 1924 est venue apporter une consécration législative à cette assimilation pour le cas spécial de l'abandon de famille.

Mais, dira-t-on, qu'importe que la femme n'ait pas, en tant que femme, la possibilité de gérer, d'administrer les biens communs si par un détour juridique elle peut acquérir ses pouvoirs à un autre titre : l'essentiel est qu'elle vive. Aussi est-il fort tentant de lui permettre d'accomplir tous actes d'administration sous le couvert de la gestion d'affaire. Puisqu'un tiers quelconque peut « gérer l'affaire » du mari, il semble qu'à *fortiori*, cela soit permis à la femme.

Mais nous retrouvons toujours le même obstacle essentiel, d'ordre public, que le mari est chef de la communauté, qu'il gère seul la communauté (art. 1421), qu'il n'est pas permis aux époux de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef (art. 1388); la gestion d'affaire ne saurait servir à tourner les règles légales. Il serait trop facile dans ce cas à la femme de se permettre les actes les plus graves comme les plus fantaisistes sur les biens de la commu-

1. Cour de Bordeaux, 17 février 1897, D. 98.2.197.

2. Demolombe, t. IV, p. 214; Colin et Capitant, t. I, p. 644; Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 472. — *Contra*, Aubry et Rau, t. VII, p. 472.

nauté. En tant que gérant d'affaires, le tuteur pourrait de même accomplir n'importe quel acte sur les biens de son pupille sans observer les formalités de la tutelle. La gestion d'affaires serait ainsi un moyen bien facile de violer la loi.

Ainsi donc la situation faite à la femme mariée par le Code devient extrêmement difficile en cas d'abandon. La femme ne peut en sortir que par le divorce ou la séparation de corps, c'est le seul moyen que lui offre la loi, moyen beaucoup trop radical, mesure définitive qui vient supprimer une situation souvent provisoire alors que la femme ne désire nullement dans la plupart des cas briser les liens du mariage. Elle a évidemment la ressource de demander la séparation de biens; le mari, déplorable époux, peut être bon administrateur; donc ne pas mettre, selon le formule du Code « la dot (de sa femme) en péril ». Mais le fait qu'il a laissé sa femme sans ressources, que par conséquent il détourne les revenus des biens communs ou propres de leur destination, autorise la femme à demander contre lui la séparation de biens¹.

Mais quand il n'y a rien à partager, le succès de cette demande n'améliore guère le sort de la femme.

Ainsi donc, si la femme abandonnée persiste dans sa déplorable situation, parce qu'elle répugne à utiliser le seul moyen d'en sortir, deux très graves questions se posent :

1. Voir plus haut, pages 63 et 64.

A) Comment la femme abandonnée peut-elle tirer des biens communs les ressources indispensables à la vie de chaque jour?

Certaines lois assez récentes répondent à cette question.

B) Comment valider les actes que les besoins de la vie de chaque jour l'obligent à accomplir? Engagent-ils la communauté et les propres du mari? La jurisprudence nous l'apprendra.

CHAPITRE II

POUVOIRS ACCORDES A LA FEMME SUR LES BIENS DE LA COMMUNAUTE PAR LES LOIS POSTERIEU- RES AU CODE.

La femme a tous les jours des dépenses à faire; le plus souvent chargée de famille, il lui faut subvenir à l'entretien de ses enfants comme au sien. Pour cela des ressources lui sont nécessaires, et comme elle est presque toujours d'une classe pauvre, elle n'a pas de propres. Tout au plus quelquefois le mari a-t-il laissé des biens communs au foyer conjugal. Pratiquement, si c'est de l'argent liquide, la femme en disposera pour payer les dépenses du ménage.

De plus nous savons que la femme mariée a depuis la fin du siècle dernier sur les économies du ménage donc sur les biens communs un droit, propre, exempt de toute autorisation de faire acte de prévoyance. La loi du 9 avril 1881 qui a été complétée en 1895 donne à la femme un véritable droit propre sur les biens communs. Elle lui permet en effet de se faire ouvrir sans la moindre autorisation un livret de caisse d'épargne. Le mari pourra seulement s'opposer au retrait et ce par une opposition véritable. La femme a ainsi un vrai droit sur une partie de la com-

munauté car, nous l'avons dit, le pécule qu'elle constituera à la caisse d'épargne sera rarement composé d'autre chose que de biens communs.

Il ne peut s'agir, comme persiste à le prétendre la jurisprudence¹ d'un mandat du mari dont la révocation serait soumise à des formalités particulières : comment le mari pourrait-il donner le mandat à la femme de verser de l'argent à la caisse d'épargne, alors que la plupart du temps il ignore ces versements ? D'ailleurs, le connaîtrait-il qu'il ne pourrait l'empêcher.

Un très grand nombre de femmes usent de ce pouvoir propre, les caisses d'épargne délivrent par an plus de 100.000 livrets aux femmes mariées.

La loi du 20 juillet 1886 sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse permet également à la femme mariée de faire librement des versements à cette caisse en vue de s'y constituer une retraite; celle-ci, signalons-le, sera un propre de la femme, sauf naturellement récompense à la communauté. Ici encore, pouvoir propre de la femme sur les biens communs.

Ces deux lois certes, améliorent singulièrement la situation juridique des femmes abandonnées, comme elles ont amélioré celle de la femme mariée en général².

Mais malheureusement, il est rare que le mari ait laissé des ressources au foyer conjugal. Le plus souvent le mari

1. Cour de Pau, 25 octobre 1899, D. 1900.2.125; Cour de Dijon, 20 décembre 1905, D. 1906.2.327.

2. Voir aussi la loi du 1^{er} avril 1898 qui permet à une femme de s'affilier à une société de secours mutuels sans l'autorisation de son mari et celle du 28 décembre 1922 qui permet aux femmes titulaires d'une pension d'Etat d'en toucher librement les arrérages.

a abandonné sa femme dans le dénuement. Celle-ci si elle ne travaille pas — ce dont elle pourra difficilement se passer — a évidemment comme ressource de faire condamner son mari à lui verser une pension alimentaire. Mais l'expérience prouve que c'est souvent un moyen illusoire, inopérant. La loi de 1907, à laquelle il faut joindre celle de 1932 sur les allocations familiales, permet à la femme de trouver des ressources moins aléatoires.

En dehors du cas spécial d'un ménage séparé par l'abandon, pour l'immense majorité des familles ce sont les produits du travail qui constituent le plus clair des ressources du ménage. Il importait donc de donner à la femme à qui incombe d'engager les dépenses du ménage un droit sur cette ressource essentielle : c'est ce qu'ont fait les lois du 13 juillet 1907 et du 11 mars 1932. Nous avons déjà vu que la première de ces deux lois donne le droit à chacun des époux de se faire autoriser par le juge de paix à saisir-arrêter les salaires et produits du travail de l'autre époux quand celui-ci ne contribue pas dans une juste mesure aux charges du ménage. Par salaires et produits du travail il faut, nous l'avons dit, entendre « tout ce qu'un tiers peut devoir au mari comme conséquence de son travail » (Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 354) y compris les pensions de retraite dues par son employeur (Aubry et Rau, t. VII, n° 470 *bis*, p. 199) ou nées à la suite d'un accident du travail, car ce sont des substituts du salaire¹.

Il en sera de même pour les allocations familiales, si

1. Voir plus haut, pages 54 à 65.

la caisse de compensation décide dans son règlement, comme l'y autorise la loi de 1932, que les allocations seront versées directement à la mère.

La femme va se trouver ainsi chargée de l'administration d'une partie tout au moins des biens communs : les salaires du mari et les allocations familiales, accessoires du salaire, sont en effet biens de communauté. Cette sanction du devoir d'entretien, déjà fort utile pour la femme en cas de vie commune est pour la femme abandonnée, une arme infiniment plus efficace que le droit à une pension alimentaire qu'elle obtient d'une décision du tribunal. Le plus souvent le mari ne la paie pas ou fait les plus grandes difficultés pour s'en acquitter.

Ces deux lois au contraire donnent à la femme abandonnée ou non un droit direct sur les salaires du mari, parfaitement indépendant de la volonté de celui-ci. Cette situation ne pourra que l'inciter à reprendre la vie commune.

Donc, si ces lois postérieures au Code l'ont imité dans la méconnaissance de cette situation si fréquente en fait : l'abandon de la femme par son mari, elles ont du moins amélioré le sort de celle-ci en améliorant celui de la femme mariée en général.

Nous avons vu cependant que la loi de 1907, restreinte aux revenus du travail, n'est pas à l'abri de la critique

Ainsi la femme abandonnée pourra affecter aux dépenses du ménage l'argent que le mari lui aura laissé. Elle

pourra retirer de la caisse d'épargne les économies qu'elle y a placées. Elle aura enfin la possibilité, si elle sait où se trouve son mari, où il travaille, d'obtenir de se faire verser directement une partie des salaires de celui-ci. Trop souvent, malheureusement, cette saisie-arrêt sera impossible. La femme abandonnée sera obligée de travailler, si elle ne travaillait pas déjà avant que son mari la délaisse.

CHAPITRE III

POUVOIRS ACCORDÉS A LA FEMME PAR LA JURISPRUDENCE

Dans un foyer, c'est la femme qui accomplit les actes ménagers, qui règle les dépenses quotidiennes, nourriture, chauffage, etc...; le mari reste bien le chef du ménage, mais il est censé donner mandat à son épouse pour tout ce qui concerne la vie de chaque jour.

Un jour il déserte le foyer, il abandonne sa femme. Il est bien évident que celle-ci va être obligée de continuer à accomplir les actes nécessaires et de les passer seule; sa situation la mènera même à en passer d'autres plus importants.

Or, il est indiscutable, puisque le mariage subsiste malgré l'abandon, que la femme reste incapable. Il semble donc qu'elle ne puisse valablement contracter si elle ne s'est munie de l'autorisation de son mari ou, à défaut, de justice : en droit, cette exigence ne fait pas le moindre doute. La situation de la femme abandonnée est donc plus difficile que celle des femmes qui ont été condamnées dans une colonie pénitentiaire. Celles-ci du moins (décret du 31 août 1878) n'ont besoin de l'autorisation

de leur mari ou de justice que pour les actes de disposition.

Mais comment obliger la femme à solliciter de son mari qui l'a rejetée, qui s'est débarrassé d'elle, une autorisation pour les actes de chaque jour? Souvent d'ailleurs, elle ignore où il se trouve; si elle connaît sa résidence, il est à craindre qu'il ne refuse son autorisation, qu'il ne fasse des difficultés uniquement par esprit de méchanceté ou de vengeance. Enfin exiger de la femme le consentement de son mari serait parfois l'obliger à payer cette autorisation. La logique et la morale la plus élémentaire s'insurgent contre le maintien d'une telle subordination.

Il ne semble pas que l'on puisse davantage exiger de la femme l'autorisation de justice, du moins avec les formalités qu'elle entraîne actuellement. En admettant même que le refus préalable du mari ne soit pas indispensable en cas d'abandon, opinion qui est loin de recueillir l'unanimité dans la doctrine et la jurisprudence¹, comment concevoir que chaque fois que la femme veut contracter, il faille un jugement précédé des conclusions du Ministère public et du rapport d'un juge (Art. 863 du Code de procédure civile)? L'intervention de l'autorité judiciaire ne doit être préconisée, dans notre hypothèse, que pour des actes assez importants et avec un minimum de formalités. Dans sa forme actuelle elle est tout aussi impossible que l'autorisation du mari.

Cependant la jurisprudence est absolument forcée de valider ces actes que la femme doit passer pour assurer

1. *Contra* Aubry et Rau, t. VII, n° 472 note 39, et les auteurs cités.

son entretien et celui de ses enfants. Si elle ne leur accordait pas une certaine force, la femme n'aurait pas le moindre crédit : personne ne voudrait contracter avec elle ; ceux qui y consentiraient seraient gravement lésés car leur acte étant nul ne leur donnerait aucune action contre elle.

Il faut reconnaître que la question offre rarement d'intérêt pour les actes instantanés, les actes au comptant qui risquent fort peu d'amener des litiges car ils ne laissent généralement pas subsister d'engagements d'un côté ni de l'autre. Mais il n'en est pas de même pour les autres.

Pour donner à la femme le crédit indispensable, pour sauvegarder les intérêts des tiers, la jurisprudence a pris deux sortes de mesures. Tout d'abord elle a validé ses actes en donnant aux co-contractants de la femme un recours. En second lieu, elle a, dans certains cas paralysé l'action en nullité dont devraient disposer d'après la loi le mari comme la femme.

Section I. — Recours accordés aux co-contractants de la femme.

Les tribunaux ont parfois donné aux tiers qui ont contracté avec la femme un recours contre elle, mais le plus souvent — et la jurisprudence est actuellement fixée en ce sens — ils permettent aux co-contractants de la femme d'attaquer son mari. Il importe que nous examinions comment les tribunaux ont justifié ces deux espèces de recours.

§ 1. — *Et tout d'abord sur quoi baser un recours des tiers contre la femme ?*

A) Certaines décisions¹ ont prétendu que le fait pour le mari d'abandonner sa femme laissait présumer qu'il lui donnait une autorisation générale et tacite d'accomplir les actes nécessaires à sa subsistance. Cette idée² a deux qualités. Elle est en premier lieu assez vraisemblable : le mari se désintéressant de sa femme renonce en quelque sorte à sa puissance maritale sur elle, la délie de son obligation de se faire autoriser par lui. En second lieu la présomption d'autorisation tacite est très favorable aux tiers, car non seulement elle engage la femme et ses biens propres, mais encore le mari se voit obligé sur ses propres et les biens communs. Les tiers ont donc action sur tous les biens des époux.

Mais la présomption d'autorisation tacite se heurte à une double objection insurmontable.

a) En premier lieu l'autorisation donnée par le mari à la femme doit être spéciale. Cette règle qui n'est pas exprimée expressément dans le Code, si ce n'est en ce qui concerne l'aliénation d'un immeuble par la femme séparée de biens, est cependant indiscutable : elle nous vient de l'ancien droit et la jurisprudence en fait de nombreuses applications³. Ce principe ne supporte que deux exceptions : la première, comme nous le verrons, intéresse la femme

¹ Cour de Paris, 29 février 1849, D. 1949.2.155, Cour de Dijon, 13 novembre 1895, D. 1896.2.133; Trib. de commerce Seine, 8 juillet 1903, D. 1905.2.252.

² Soutenue par MM. Planiol et Ripert (*Traité alimentaire*, tome III, page 280).

³ Pothier, *Puissance du mari*, n° 63, Civ., 10 mars 1898, D. 98.1.214.

commerçante (art. 220) — l'autorisation a d'ailleurs ici un caractère particulier —, la seconde, établie par l'article 223, dont il importe de citer le texte : « toute autorisation générale même stipulée par contrat de mariage n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ». Ce texte prévoit deux cas : 1) autorisation générale antérieure insérée dans un contrat de mariage où le régime est la séparation de biens (en ce cas le mariage n'étant pas encore célébré, le mari n'a pas d'autorisation à donner à sa femme); 2) autorisation générale postérieure. Inconciliable avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, cette autorisation ne peut concerner ici encore que le régime de séparation de biens, seul régime sous lequel la femme puisse avoir l'administration de ses biens. Il interdit simplement toute autorisation générale concernant d'autres actes que les actes d'administration¹. Ce texte ne saurait donc justifier la fiction de l'autorisation générale que dans l'hypothèse unique d'une séparation de biens, cas où elle n'offre guère d'intérêt puisque sous ce régime la femme a l'administration de ses biens.

b) En second lieu, l'autorisation du mari doit être expresse c'est-à-dire résulter d'une manifestation précise de sa volonté : l'article 217 du Code civil ne l'admet que sous deux formes : le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Ces termes sont très nets et il semble difficile de suivre l'opinion de M. Planiol qui soutient² que pour les engagements verbaux (il en sera ainsi

1. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 456; Aubry et Rau, t. VII, p. 250; Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 254; Colin et Capitant, t. I, p. 633.

2. Note sous req., 22 juillet 1891, D. 1892.1.5.

de presque tous les engagements de la femme) l'autorisation maritale qui n'en est qu'une annexe se donne valablement sous la même forme, l'article 217 n'étant applicable qu'aux actes exigeant un écrit. Cette restriction n'est rien moins que certaine : la jurisprudence n'admet pas le consentement verbal quelles qu'en soient les circonstances¹.

D'ailleurs cette double objection ne serait-elle pas insurmontable qu'il faudrait cependant rejeter la fiction de l'autorisation tacite générale : elle suppose qu'il appartient à la femme de subvenir à son entretien, d'engager les dépenses du ménage. Or nous n'ignorons pas que le principe essentiel de notre droit est tout autre : c'est au mari à subvenir aux besoins du ménage; la femme ne s'engage pas personnellement, elle s'engage à la place du mari.

B) Puisqu'il n'est pas possible de soutenir que la femme est engagée contractuellement envers les tiers, ses co-contractants, ne peut-on prétendre qu'elle est tenue à leur égard par un lien extra-contractuel, l'enrichissement sans cause. L'acte est reconnu irrégulier, mais il a procuré un enrichissement à la femme; il semble en application de l'article 1312, qu'elle doive restitution de ce qui « a tourné » à son profit.

Ce principe basé sur l'équité la plus élémentaire est indiscutable, mais il ne pourra s'appliquer que rarement en notre matière. La plupart du temps, en effet, la femme ne se trouvera pas enrichie, car la fourniture dont il s'agit

1. Civ., 22 février 1893, D. 93.1.295; Civ., 18 octobre 1909, S. 1911.1.489; Civ., 7 avril 1922, 1922.1.5 et note de M. Lyon-Caen; Civ., 11 décembre 1929 et Civ., 7 janvier 1930, D. H. 1930, p. 116.

lui était due par le mari : l'entretien du ménage est à la charge de celui-ci. Si un tiers fournit à la femme les prestations nécessaires à son entretien, elle ne reçoit que ce qui lui est dû; le mari seul¹, débiteur de sa femme en sera tenu.

Il est donc aisé de voir que la femme, ne pourra être tenue de *in rem verso* que dans les cas où le mari n'est pas tenu. Cette situation, assez rare, se présentera cependant lorsque le mari a rempli son obligation ou que l'engagement de la femme dépasse par sa nature ou son quantum les limites de l'obligation du mari. Celui-ci ne peut être déclaré tenu de l'obligation de subvenir aux besoins de sa femme lorsqu'il s'est déjà acquitté une première fois de cette obligation, de gré, par le versement d'une pension alimentaire, ou de force, par une saisie-arrêt ce qui aboutit au même résultat. La femme en ce cas sera seule tenue².

De même si la femme a effectué des achats excessifs ou superflus qui ne présentaient pas un caractère de nécessité, qui ne rentraient certainement pas dans le nombre de ceux que la femme pourrait exiger de son mari.

Dans ces deux séries d'hypothèses le mari n'étant tenu de rien, les tiers ne peuvent recourir contre lui; ils n'auront que l'action de *in rem verso* contre la femme action qui sera indiscutablement admise³.

1. *Contra*, cependant, dans une hypothèse un peu particulière, Paris 8 juillet 1925, D. 1926.2.77 et la note de M. Nast.

2. Cour de Besançon, 25 juillet 1866, D. 1866.2.149; Trib. Versailles, 11 mai 1874, D. 1875.2.41.

3. Il faut remarquer que la situation est la même quand la séparation de fait est due à la faute de la femme ayant méconnu les devoirs que lui imposait le mariage, elle ne peut exiger que le mari respecte les siens; celui-ci ne lui doit donc rien et les tiers n'ont recours que contre la femme.

La femme cependant ne paiera pas toujours en entier le montant de ses achats; il n'en sera ainsi que lorsque la valeur des acquisitions c'est-à-dire son enrichissement sera supérieure ou égale à leur prix de vente : le plus souvent elle paiera une somme moindre, l'enrichissement étant inférieur au prix de la prestation.

Il ne nous semble pas équitable d'exiger avec MM. Aubry et Rau¹, pour le succès de l'action de *in rem verso*, que la femme ait fait « emploi utile en qualité de femme mariée et de mère de famille ». L'admettre serait permettre à une femme de s'acheter des objets de luxe, de faire des dépenses purement voluptueuses et d'en profiter gratuitement, puisque les tiers qui l'auraient enrichie se verraient refuser le moindre recours sous prétexte que ses dépenses ne sont pas utiles au ménage

Ainsi donc le recours des tiers contre la femme ne doit être admis que dans des cas exceptionnels. Le baser sur une fiction d'autorisation tacite générale est incompatible avec les principes de notre droit. C'est le mari qui doit subvenir aux besoins du ménage; c'est donc lui qui est tenu des dépenses ménagères. La femme ne sera obligée que dans les hypothèses où le mari ne l'est plus, hypothèses exceptionnelles nous l'avons vu. Son engagement étant vicié par son incapacité, les tiers ne pourront l'attaquer que par la voie de l'*in rem verso*.

§ 2. — *Recours contre le mari.*

A) Mais puisque le mari est débiteur de la femme pour tout ce qui concerne son entretien « selon ses facultés et

1. T. VIII, n° 509 note 58.

son état », les tiers qui ont fourni à la femme des prestations relatives à son entretien n'ont-ils pas tout naturellement le moyen de se faire payer par la voie de l'action oblique de l'article 1166? Laurent admet parfaitement ce moyen, pour lui c'est « le droit commun de l'art. 1166 »¹. Certains tribunaux ont comme lui reconnu aux tiers fournisseurs de la femme le droit d'intenter de son chef l'action alimentaire qu'elle possède contre son mari². Bien à tort d'ailleurs et pour une raison très simple. Les tiers ne sont pas créanciers de la femme : elle n'a pu s'engager valablement envers eux sans l'autorisation du mari. Ils ne peuvent donc la poursuivre, encore bien moins exercer ses actions. Nous sommes loin du « droit commun de l'article 1166 ».

Y serions-nous d'ailleurs qu'ils n'auraient aucun droit exclusif sur la créance de la femme envers le mari. L'action oblique aurait pour résultat de faire tomber dans le patrimoine de la femme une certaine valeur que se partageraient tous les créanciers de celle-ci sans aucune préférence en faveur du tiers demandeur.

B) Cependant il est indéniable que le mari est enrichi par les fournitures qu'effectuent les tiers entre les mains de sa femme. Ceux-ci acquittent l'obligation du mari qui est tenu de procurer à sa femme des choses nécessaires à sa subsistance. Ils l'enrichissent en le déchargeant d'une dette, ils ont donc droit au remboursement du profit qu'ils

1. Laurent, t. XXII, 109.

2. Cour de Besançon, 25 juillet 1866, D. 66.2.149; Trib. Versailles, 11 mai 1874, D. 1875.2.41; Justice de Paix Paris, 14 avril 1905, D. 1905.2.249.

lui assurent et l'obtiendront par l'action de *in rem verso*¹. Ici encore, condition *sine qua non*, cette action n'est possible que si le mari est redevable de quelque chose à sa femme. S'il lui paie une pension ou a été contraint de le faire, si la séparation est due à la faute de la femme, le mari ne doit rien². En effet, pour que l'action soit possible, il faut qu'il y ait un véritable enrichissement et ajoutons-elle n'est donnée que dans la mesure de celui-ci. Il n'y a eu enrichissement qu'autant que l'intervention des tiers eu pour effet d'éteindre une dette dans le patrimoine du mari : or, quand le mari paie de gré ou de force à sa femme une pension alimentaire, sa dette d'entretien à celle-ci est éteinte; le tiers qui a procuré une fourniture quelconque à la femme n'a donc pu l'enrichir. Il en est de même dans le cas où la séparation s'est produite par la faute de la femme. Elle ne remplit pas ses obligations, le mari est donc délié des siennes, spécialement de son devoir d'entretien. Il n'y a pas de dette, les tiers ne peuvent donc en éteindre.

L'action de *in rem verso* n'est d'ailleurs possible que dans la mesure de l'enrichissement procuré. Celui-ci sera toujours égal au montant de la dette qui existait dans le patrimoine du mari vis-à-vis de sa femme, c'est-à-dire ce qui est nécessaire à celle-ci selon les facultés et l'état de celui-là.

1. M. Loubers, *Rev. générale Droit*, 1910, p. 14 et s.

C'est à tort, nous semble-t-il, que certains arrêts (sur renvoi, Besançon, 15 juillet 1874, S. 1875.2.9 et Poitiers, 23 octobre 1889, D. 1890.2.359 et la note) substituent à l'action de *in rem verso* l'action en gestion d'affaires : le tiers, en effet, ne semble jamais, en de telles hypothèses, avoir l'intention de gérer l'affaire du mari, condition psychologique dont l'absence exclut cette action.

2. Versailles, 11 mai 1874, 75.2.4; Civ., 12 janvier 1874, D. 1874.1.153; Cour de Poitiers, 23 décembre 1889, D. 1890.2.359.

C'est dans cette limite seulement que les tribunaux accordent un recours au tiers contre le mari¹. Si les fournitures effectuées dépassent l'obligation d'entretien qui incombe au mari, les tiers ne peuvent rien contre celui-là. C'est la femme qui est seule tenue du surplus.

Ici apparaît donc l'inconvénient de baser le recours des tiers contre le mari sur l'action de *in rem verso* : le mari actionné par les tiers fournisseurs de sa femme ne manquera pas, le plus souvent, de soutenir, tantôt que son obligation est éteinte parce qu'il a versé quelque secours à sa femme, tantôt qu'elle est très inférieure à la prestation effectuée et que celle-ci n'entre pas dans le cadre des fournitures de subsistance directement nécessaires à la vie du ménage. Par ces prétentions il essaiera de rejeter sur la femme le fardeau de la dette.

Mais ce système de l'action de *in rem verso* a un autre défaut. Il est défavorable à la femme car cette action n'est qu'un recours subsidiaire accordé au tiers. Celui-ci, en effet, poursuivra la femme qui s'est obligée personnellement et n'usera de l'action d'enrichissement sans cause que si elle ne s'acquitte pas. La femme, si elle paie le tiers qui a effectué une prestation nécessaire aux besoins du ménage, aura bien évidemment un recours contre son mari dont elle a rempli l'obligation, mais nous devinons que trop souvent cette arme sera illusoire.

Ainsi de tous les systèmes que nous venons de passer en revue, aucun n'est acceptable. Donner au tiers un recours contre la femme c'est, en ce qui concerne surtout les four-

1. Cour d'Aix, 25 janvier 1890, D. 1890.2.329; Cour de Paris, 22 novembre 1889, D. 1891.2.257 et 17 juin 1899, D. 1900.2.105.

nitures correspondant aux besoins du ménage, agir contre les principes de notre droit matrimonial qui oblige le mari à subvenir à ces besoins. Nous avons vu d'ailleurs qu'on ne peut le fonder que sur l'enrichissement sans cause ou sur une autorisation tacite : or un enrichissement de la femme sera assez rare. Quant à l'autorisation tacite elle est interdite par les règles formelles de notre droit.

Un recours contre le mari semble au contraire beaucoup plus justifié. Il a une obligation à lui de s'en acquitter. Mais l'y contraindre par l'action oblique d'est pas possible : la situation dont nous nous occupons est en dehors de son domaine d'application. D'autre part, nous venons de le voir, utiliser contre le mari l'action de *in rem verso* est un moyen de fortune, une arme subsidiaire trop souvent inefficace.

C) L'insuffisance de tous ces systèmes a amené la plupart des auteurs¹, suivis par la jurisprudence², à admettre la persistance du mandat tacite : l'arrêt de la Chambre civile du 1^{er} juin 1929 supprime sur ce point toute controverse.

La femme vivant avec son mari passe sans autorisation tous les actes intéressant la vie journalière du ménage. C'est dans la vie commune le rôle de la femme de passer ces contrats. Cette fonction domestique a toujours été admise et dès les origines du régime de la communauté,

1. Aubry et Rau, t. VIII, p. 122, Huc, t. IX, n° 154; Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 393. *Contra* Laurens, t. XXII, n° 109; Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. I, n° 503; Requêtes, 21 mars 1882, D. 1882.1.362.

2. Cour de Dijon, 13 novembre 1895; D. 96.2.133; Cour de Paris, V.1.904, D. 1905.2.249; Req., 8 novembre 1905 S. 1907.1.145 et la note de M. Hemard, Tribunal de la Seine, 11 juillet 1922, D. 1924.2.105; Civ., 1^{er} juin 1929, D. 1931.1.79.

la femme avait pour remplir ce rôle « le pouvoir de la bourse et des clefs », véritable pouvoir propre confié à la femme d'engager les dépenses du ménage.

Mais au cours des siècles suivants, se fit jour, puis prévalut¹ l'idée que le mari est présumé avoir donné à sa femme mandat général pour toutes les dépenses du ménage. Cette justification juridique d'une prérogative pour ainsi dire naturelle était parfaitement appropriée à son but : en effet grâce à elle l'obligation contractée par la femme est validée, un fondement est donné au recours des tiers, enfin le mari à qui incombe l'obligation d'entretien est débiteur alors que la femme ne l'est pas. La validité de ces actes n'est pas en opposition avec le principe général de l'incapacité de la femme mariée, puisque, juridiquement, c'est le mari qui les fait par son intermédiaire.

Cette présomption est parfaitement raisonnable, normale en cas de vie commune, mais que devient en cas de séparation de fait ce pouvoir de représentation ?

Dans l'ancien droit l'opinion courante déclare que le mandat disparaît en cas de séparation de fait : deux arrêts de la Grand'Chambre du 17 juillet 1761 et 8 janvier 1762 le prouvent².

A la fin du siècle dernier la majorité de la doctrine³ rattache la question du mandat de la femme à celle de l'obligation alimentaire. C'est pour le mari un moyen de s'acquitter de cette obligation. Cette solution est admise

1. Guyot, *Répertoire* V^o autorisation, section VII, n^o 7; Lebrun, *Communauté*, t. II, chapitre II, section II; Pothier, *Communauté*, n^o 574.

2. Nouveau Denizart, t. II, V^o autorisation, n^o II.

3. Aubry et Rau, t. VIII, p. 169; Marcadé, t. V, article 1420; Huc, t. IV, n^o 154 et Guillouart, t. II, n^o 868.

par la jurisprudence¹. Pour celle-ci aussi le mandat est greffé sur l'obligation alimentaire, son sort est lié à celui de celle-ci. Nous savons que l'obligation alimentaire du mari disparaît lorsque la séparation est due à la faute de la femme. Dans ce cas la jurisprudence décide que le mandat disparaît aussi².

Il faut reconnaître que cette solution est conforme à l'équité. La femme a par sa faute abandonné son foyer domestique, il importe qu'elle soit privée des pouvoirs que sa fonction lui conférait. Il en est de même si sa pension alimentaire disparaît non plus par le fait de la femme mais parce que le mari s'en est acquitté en versant à sa femme de gré ou de force des subsides³.

Mais s'il est parfaitement admissible que le mandat ne subsiste plus lorsque l'obligation alimentaire disparaît, il semble par contre invraisemblable de prétendre qu'il persiste avec elle en cas de séparation de fait.

Rattacher le mandat à l'obligation d'entretien de l'article 214 ne nous semble d'ailleurs guère admissible⁴. L'article 214 fait au mari une obligation d'entretenir sa femme et ne l'oblige pas à lui donner un mandat : tout au plus autorise-t-il les tiers à intenter contre le mari une action d'enrichissement sans cause.

Comme tous les contrats le mandat implique consentement des parties, concours de volontés. Ce qui produit ce

1. Req. 13 février 1844, S. 1844.1.662; Req., 21 mars 1842, D. 82.1.363; Civ., 17 décembre 1901, D. 1903.1.153.

2. Civ., 1^{er} juin 1929, D. 1931.1.79.

3. Cour de Paris, 9 décembre 1895, D. 1896.1.133; Cour de Paris, 25 mai 1898, D. 99.2.309.

4. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 393.

concours c'est la vie commune. Comme le disait Laurent¹ « le mandat tacite suppose un ménage commun ».

En cas d'abandon, le mandat n'a plus de base, sauf les cas exceptionnels ou, bien que vivant séparé d'elle, le mari permet à la femme de l'obliger par des actes d'entretien; mais il semble logique d'affirmer que, dans la grande majorité des cas, l'intention du mari est exactement inverse. Un mari qui abandonne sa femme ne peut être considéré comme continuant à donner à celle-ci le pouvoir d'agir en son nom et de le représenter; il manifeste au contraire la volonté de rompre tous rapports de droit, comme toute relation de fait avec sa femme. Affirmer le maintien du mandat dans des circonstances qui le démentent est absolument invraisemblable². Selon l'heureuse formule de M. Rouast, le mandat est un « contrat à base de confiance réciproque ». Comment le prétendre compatible avec l'abandon?

Cependant cette objection qui paraît insurmontable est en réalité sans grande force, car ce pouvoir que la jurisprudence conserve à la femme n'a plus guère de mandat que le nom. Il est à peu près indépendant de la volonté du mari et ce dans l'intérêt de la femme comme dans celui des tiers, et les tribunaux le traitent exactement comme si la femme le tenait de la loi. Nous allons le constater en étudiant trois aspects de l'œuvre de la jurisprudence sur ce terrain.

a) La persistance du mandat tacite malgré l'abandon.

1. T. XX, n° 109.

2. Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie, *Contrat de mariage*, t. I, n° 503.

b) Son extension dans cette hypothèse;

c) Enfin par opposition les limites en dehors desquelles la présomption du mandat ne peut plus être invoquée. Ce triptyque montrera que les décisions jurisprudentielles ne rattachent plus que théoriquement ce pouvoir ménager de la femme à un mandat tacite du mari.

a) Persistance du mandat tacite en dehors de la volonté du mari.

Le mari étant le mandant de sa femme il semble impossible de lui dénier le droit de retirer ce pouvoir de représentation à son épouse. Ceci est indiscutable : le mari est le chef du ménage; il doit conserver la possibilité de retirer à sa femme ses pouvoirs ménagers si celle-ci en abuse; soutenir le contraire serait violer la règle d'ordre public de l'article 1388.

Il semble donc que ce mandat dépend étroitement de la volonté du mari. Il est à remarquer cependant que le mari possède le même droit de révocation dans les pays Allemagne et Suisse, qui font du mandat domestique un mandat légal. La femme, il est vrai, a dans ces législations un droit de recours contre ses décisions, faculté que la jurisprudence française ne lui accorde pas.

Mais comment le mari peut-il retirer ce pouvoir à la femme? Dans quelle forme la révocation peut-elle se faire?

L'article 2005 dispose : « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation ». Il semble donc que pour être efficace la révocation du mari doit être portée à la connaissance des tiers. L'application de ce principe est parfaitement normale dans le cas de révocation proprement

dite du mandat domestique, lorsque le mari ayant expressément reconnu auparavant le mandat, veut le retirer à sa femme. Mais il ne s'agit ici que d'un mandat présumé qui n'a été précédemment confirmé par aucune parole, aucun acte du mari. Celui-ci se contentera de démentir cette présomption par une manifestation quelconque de volonté; quelques arrêts¹ acceptent cette opinion mais elle est combattue par la majorité de la doctrine² et de la jurisprudence.

L'une comme l'autre exigent que le mari informe individuellement les tiers fournisseurs de sa femme, que celle-ci ne le représente plus³. Cette exigence met le plus souvent le mari dans l'impossibilité de faire cesser cette présomption de représentation. En cas de vie commune le mari connaît assez généralement les divers fournisseurs de sa femme. il en sera souvent tout autrement en cas de séparation. La femme quittera ses fournisseurs attitrés et recourra à d'autres qui non renseignés, seront présumés de bonne foi jusqu'à preuve contraire du mari.

Le maintien du mandat tacite s'inspire d'un désir très naturel de protéger les intérêts de la femme comme ceux des tiers, mais ne peut se justifier que si on accorde à ce pouvoir de représentation un caractère légal. Ceci qui est déjà vrai en cas de vie commune, l'est encore bien davan-

1. Besançon, 25 juillet 1866, D. 1866.2.150; Cour de Lyon, 7 décembre 1901, *Gaz. Pal.*, 1902.1.63.

2. Aubry et Rau, t. VIII, p. 123. Laurens, t. XXII, n° 109; Huc, t. IX, n° 152, note 3; Paris, 22 novembre 1889, D. 1891.2.257; Cour de Riom 6 août 1895, D. 1896.2.280; Cour de Cass., 16 juin 1889, D. 1891.1.158.

3. Un avertissement collectif, par la voie des journaux par exemple, ne suffirait pas, cependant les juges du fait auront à apprécier les circonstances (Douai, 13 mars 1846, D. 1847.2.60; Paris, 25 mai 1898, D. 1899.2.309 et la note de Loynes, sous D. 1891.2.257.

tage lorsque le mari en abandonnant sa femme manifeste ouvertement sa volonté de ne plus s'occuper d'elle et de ne plus avoir avec elle des rapports de fait comme de droit : on ne peut raisonnablement baser le pouvoir ménager de la femme sur une présomption qui est indiscutablement l'inverse de la réalité.

Cette situation peut paraître sacrifier les intérêts du mari en faveur des tiers et de la femme. Elle doit cependant être admise, surtout en ce qui concerne les hypothèses où la femme est abandonnée par son mari. En donnant efficacité de la façon la plus large à la bonne foi des tiers et en maintenant la validité de l'engagement contracté par la femme, on permet à celle-ci de jouir d'un certain crédit, d'obtenir de ses fournisseurs des prestations indispensables à sa subsistance; aux tiers co-contractants de la femme, de recourir contre le mari sur ses propres et ses biens communs. On corrige dans la mesure du possible l'erreur de notre législation qui exige l'autorisation maritale pour le moindre acte que la femme même séparée veut accomplir.

Il est donc exact de prétendre que ce mandat tacite est à peu près indépendant de la volonté du mandant. C'est une véritable coutume juridique¹.

Ceci est surtout vrai en cas d'abandon, situation qui prouve surabondamment que le mari se refuse à conserver le moindre droit de fait ou de droit avec sa femme.

b) Extension du domaine du mandat tacite.

La jurisprudence ne se contente pas d'avoir rendu à peu près indépendante de la volonté l'existence du mandat

1. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 392.

tacite, elle en règle elle-même l'étendue et ici nous parlons d'un point de vue général et non pas seulement en ce qui concerne le cas spécial d'abandon.

S'il s'agissait d'un véritable mandat, il incomberait au mari mandant de déterminer les limites du pouvoir de sa femme mandataire. Ici encore la jurisprudence a « légalisé » : l'étendue du domaine du mandat tacite est déterminée par deux critères objectifs : la nature des actes et leur importance. Il importe de les envisager successivement.

I. Les actes qui par leur nature sont du domaine du mandat tacite sont tous les actes qui relèvent de sa fonction ménagère ; tous les actes qu'exige la vie de chaque jour : dépenses alimentaires, vestimentaires, d'éducation, contrats de louage de services avec les domestiques, précepteurs et gouvernantes ; il ne s'agit naturellement pas seulement de dépenses profitant uniquement à la femme mais de celles qui concernent tous les membres de la famille. La femme oblige son mari de quelque façon qu'elle fasse naître sa dette : achats à crédit, emprunt¹ et même endossement d'un billet à ordre² (l'acceptation d'une traite, par contre, n'engage pas le mari³). En cas de vie commune ses actes constituent la sphère d'activité propre à la femme, activité forcément limitée.

Mais la situation de la femme est bouleversée en cas d'abandon. Celle-ci, n'ayant plus auprès d'elle la collaboration de son mari, va se trouver obligée de passer des actes qui seraient normalement du domaine de son époux.

1. Civ., 21 février 1872, D. 1873.1.63 ; Civ., 17 décembre 1901, D. 1903.1.154 ; Civ., 27 juin 1922, D. 1922.1.200.

2. Cour d'Agen, 1^{er} juin 1904, D. 1907.2.53.

3. Civile, 29 janvier 1930, D. H., 1930, p. 161.

Les tribunaux lui donnent alors un pouvoir de représentation plus grand qui englobe tous ces actes nécessaires.

La femme abandonnée continue naturellement d'obliger son mari par tous les actes qu'elle accomplit pour assurer son existence et celle de ceux qu'elle a à sa charge : les enfants; ce maintien du mandat, qui n'est plus discuté, a été affirmé une fois de plus par la Chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} juin 1929¹.

Une femme abandonnée peut signer un bail² nous verrons plus loin qu'elle peut louer ses services³. En outre elle peut pour payer les dépenses du ménage vendre des objets mobiliers⁴ ou les donner en paiement⁵. De plus elle pourra toucher sur ses simples quittances les revenus de ses propres⁶. La jurisprudence l'autorise de même à prêter ou à placer l'argent commun dont il peut lui arriver de disposer, même ailleurs que dans une caisse d'épargne⁷ (on sait en effet que les lois de 1881 et 1895 permettent à la femme d'effectuer librement des placements à la caisse d'épargne). Elle lui permet en outre de disposer d'une créance provenant de ces placements ou d'un prêt qu'elle aurait consenti sur ces économies⁸.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 5 janvier 1904⁹,

1. D. 1931.1.79 et les références, en particulier, D. 24.2.105 et la note de M. Nast; Trib. de Paix, Orléans, 10 juillet 1934, *D. H.*, 1934, p. 614 et Justice de Paix, Toulouse, 27 octobre 1932, *Gaz. Trib.*, 32.2.310.

2. Cour de Paris, 9 juin 1857, S. 1857.2.755 et 9 décembre 1895, D. 1896.2.134; Nancy, 18 février 1896, D. 1897.2.436.

3. Cass., 6 août 1878, D. 1879.1.100.

4. Tribunal de Paix de Lille, 23 juillet 1919, *Gaz. Pal.*, 1919.2.406.

5. Requêtes, 1^{er} mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.81.

6. Cour de Nîmes, 9 mai 1860, D. 1860.2.219.

7. C. de Paris, 9 décembre 1895, D. 1896.2.134; *contra*, Cour de Nancy, 18 février 1896 D. 97.2.436.

8. Cass., 24 décembre 1917, D. 1921.1.13; S. 1920.1.65 (note Naquet).

9. D. 1905.2.249.

admit même qu'une femme séparée de fait est réputée avoir reçu de son mari mandat tacite de disposer à son gré des ressources qu'elle peut avoir entre ses mains. Elle affirme donc la validité d'opérations de bourse effectuées par la femme et rejette l'action en nullité du mari. Il faut reconnaître que l'extension du mandat domestique aux opérations de bourse est excessive : aussi la Cour de cassation, si elle rendit sur pourvoi un arrêt dans le même sens¹ que la décision attaquée, n'invoqua-t-elle plus le mandat tacite mais, comme nous le verrons, fit appel pour paralyser l'action en nullité à la théorie de la responsabilité civile.

Un arrêt récent de la Cour de Paris² confirme cette jurisprudence. Nous avons déjà signalé ce procédé : nous ne tarderons pas à en aborder l'étude.

Il n'est pas possible en effet d'étendre exagérément le domaine du mandat tacite même légalisé, même transformé en pouvoir coutumier. Il ne doit permettre que les actes nécessaires à l'existence de la femme³ et de ses enfants. Comme le dit très justement l'arrêt précité de la Cour de Paris, le mandat ne saurait permettre à la femme « de se livrer à des opérations de bourse à caractère purement spéculatif n'offrant pour les non-professionnels aucun caractère vital ou particulièrement urgent⁴ ».

Ainsi donc le mandat domestique de la femme mariée

1. 8 novembre 1905, D. 1906.1.14 et S. 1907.1.145 avec la note de M. Hémard.

2. Cour de Paris, 23 novembre 1932, D. 1934.2.97, note de M. Nast.

3. MM. Hémard et Nast, notes précitées; Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 438.

4. Dans le même sens, Cassation, chambre des requêtes, 30 mai 1932, D. H. 1932, page 345.

est beaucoup plus large lorsqu'il y a séparation de fait, abandon, qu'au cours de la vie commune : alors que dans cette dernière hypothèse, hypothèse générale, il n'autorise la femme qu'à accomplir les actes strictement ménagers, sphère d'activité propre à la femme dans la vie du ménage, il doit autoriser la femme abandonnée à accomplir tous les actes nécessaires à son existence comme à celle de ses enfants, c'est-à-dire outre les actes ménagers, ceux qui en cas de vie commune incombent au mari. Mais il ne peut s'agir que d'actes ayant un caractère nécessaire. La validité des autres devra, nous le verrons, s'appuyer sur un autre fondement que le mandat domestique. Ils ne sont plus de son domaine.

II. Mais l'étendue du mandat tacite conservé à la femme n'est pas seulement déterminée par la nature des actes à accomplir, elle est aussi limitée par leur importance. Une femme ne saurait au nom du mandat domestique faire des dépenses ménagères excessives ; il ne s'agit plus de discriminer la nature intrinsèque de tel ou tel acte, mais de fixer un plafond au chiffre de la dépense qu'il entraîne. Il semblerait logique d'en demander la fixation à la volonté du mari : mais, nous l'avons dit, il ne s'agit plus d'un véritable mandat. Le serait-il d'ailleurs qu'on ne pourrait cependant laisser à la volonté du mari la possibilité d'en fixer l'étendue : cette détermination subjective serait le plus souvent ignorée des tiers, fournisseurs de la femme qui, craignant d'accorder à la femme plus de crédit que lui en concède le mari, ne voudront pas avoir affaire avec elle.

Le critérium le plus normal, selon la majorité de la doctrine, serait les revenus du ménage. N'est-il pas naturel

qu'un pouvoir domestique soit « proportionné aux besoins et aux ressources du ménage¹ »? Mais les tiers auxquels s'adresse la femme peuvent parfaitement se tromper sur l'importance réelle de celles-ci. Tel ménage très économe dépense infiniment moins que tel autre qui, beaucoup moins riche, « mange son capital » ou s'endette. Les tiers sont bien obligés de se fier aux apparences, au train de vie des époux : c'est ce critérium qu'il faut adopter pour sauvegarder leurs intérêts, pour éviter qu'ils ne soient victimes du crédit qu'ils ont accordé à la femme, sur la foi d'une opulence apparente. C'est celui qu'admet la jurisprudence²; elle déclare le mari obligé par les dépenses faites par sa femme, compatibles avec le train de vie des époux, même s'il excède en fait leur revenu.

Il semble que ce critérium protège parfaitement les intérêts des tiers, ceux-ci avant d'accorder leur confiance à une cliente pourront tout naturellement se renseigner sur le train de vie de celle-ci.

Fixer d'après lui le plafond du mandat domestique permet de faire varier ce dernier avec les ressources du ménage ce qui est indispensable.

Aussi nous semble-t-il regrettable qu'un arrêt récent de la Cour de Colmar³ déclare déterminer par l'importance de la dépense et sa nature les actes qui rentrent dans le mandat domestique. Ce nouveau critérium est évidem-

1. Tribunal du Havre, 27 mai 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.138.

2. Cour de Paris, 31 juillet 1894, *Gaz. Pal.*, 1894.2.426; Trib. Seine, 3 décembre 1895, D. 96.2.132; Req., 17 décembre 1901, D. 1903.1.153; Cour de Paris, 5 février 1895, 1895.2.495; Civ., 7 juillet 1896, D. 1898.1.18; Cour de Lyon, 23 mai 1930, *D. H.*, 1931, page 45.

3. Cour de Colmar, 20 avril 1934, *D. H.*, 1934.372 et aussi Tribunal du Havre précité.

ment plus objectif encore, plus rigide : mais c'est justement son grave défaut. la Cour de Colmar nous paraît prétendre à tort (après avoir d'ailleurs déclaré que le mandat tacite peut être réputé s'étendre à toutes les dépenses que les tiers ont pu considérer comme normales, étant données les apparences) qu'une dépense d'un chiffre donné (en l'occurrence l'achat d'une fourrure de 9.000 fr.) est trop élevée pour rentrer dans le domaine du mandat domestique, quelle que soit la fortune du ménage.

Elle l'est bien évidemment pour un ménage pauvre, mais la chose est beaucoup plus discutable pour une femme possédant une grosse fortune. Ce critérium manque de souplesse et gênerait considérablement les tiers, en particulier le commerce de luxe qui est bien obligé de faire crédit à sa clientèle. Il risquerait fort d'en souffrir si ce critérium était adopté et perdrait tout recours contre les maris de ses clientes.

Le mandat domestique ne peut certes autoriser de la femme des actes de prodigalité, mais le caractère de ces actes ne peut être déterminé qu'en prenant en considération, sinon exactement les ressources du ménage (c'est ce qu'a fait récemment le tribunal du Havre dans son jugement du 27 mai 1932) du moins ce que le train de vie des époux en laisse deviner.

Ainsi donc la détermination du montant des dépenses que la femme peut engager en vertu du mandat tacite échappe au mari comme lui échappe la détermination de leur nature ; ceci prouverait une fois de plus s'il en était besoin qu'il s'agit d'un pouvoir de représentation, fondé sur une véritable coutume et sur lequel la volonté du

mari, sa présence ou son absence n'ont guère d'influence. Il n'y a donc aucune raison pour que la séparation de fait change quelque chose à l'étendue en valeur du mandat domestique de la femme abandonnée. Les tiers, qui d'ailleurs ignoreront souvent sa situation, devront se baser sur ses ressources apparentes tout comme ils le feraient si elle vivait avec son mari.

Si juridiquement le maintien dans cette situation du mandat tacite soulève de graves objections, en équité il faut reconnaître que sa persistance est un bienfait pour la femme comme pour les tiers. C'est au mari qu'incombe l'obligation d'assurer l'existence de sa femme et de ses enfants. Il est donc parfaitement naturel que la femme par ses dépenses nécessaires à sa subsistance oblige le mari et les biens communs sans s'obliger elle-même. (Ceci qui reste exact pour la femme commune en biens ne l'est plus selon la jurisprudence pour la femme séparée de biens. Quoique persistant à fonder l'obligation du mari sur le mandat tacite, plusieurs arrêts récents n'en déclarent pas moins la femme tenue également et ce, solidairement ou indivisiblement¹. Cette jurisprudence s'éloigne davantage encore de l'idée de mandat et se rapproche d'autant de la notion de droit propre que le projet de 1932 accorde à la femme (voir p. 176). Les tiers ont action sur ces biens : la femme peut donc jouir, théoriquement du moins, d'un certain crédit. Certes ces mesures ne sont pas particulièrement favorables au mari; elles n'en consti-

1. Cour de Paris, 8 juillet 1925, D. 1926.2.77 et la note de M. Nast; Paris, 22 juillet 1932, *Semaine juridique*, 1933, p. 50 et la note; Req., 31 octobre 1934, D. H., 1934, p. 587. Voir aussi la chronique de M. Savatier, D. H. 1935, p. 25 et la note de M. Guyot au S. 1933.1.217.

tuent qu'une meilleure sanction pour lui faire reprendre la vie commune.

Reconnaissons malheureusement, une fois de plus, que tout cela est plus théorique que pratique : Nous l'avons dit, la situation que nous étudions est surtout fréquente dans les classes pauvres; la femme abandonnée possède bien rarement des biens propres, il lui importe donc peu qu'ils soient engagés ou qu'ils restent à l'abri de toute dette. En outre elle ignore trop souvent où est son mari il est parti sans laisser de trace. Alors où bien elle ne jouit plus du moindre crédit, ou bien si elle en a, les tiers sont lésés.

c) Hypothèses dans lesquelles ne s'applique plus le mandat tacite. Il ne nous est pas difficile, maintenant que nous avons déterminé l'étendue du mandat tacite maintenu malgré l'abandon, de constater que dans de nombreuses hypothèses il ne peut être invoqué. Il en est ainsi dans les trois séries de cas que nous avons déjà rencontrés : lorsque le mari a révoqué le mandat tacite, lorsque la femme a engagé des dépenses qui par leur nature sont du domaine du mandat domestique, mais dont le chiffre dépasse les limites de celui-ci. Enfin lorsqu'il s'agit d'actes qui sont en dehors des actes nécessaires.

1) Et tout d'abord en cas de révocation par le mari du mandat tacite. Nous avons vu quelles formalités la jurisprudence exige pour le retrait par le mari du pouvoir domestique, grâce auquel la femme remplit son rôle dans le ménage. L'hypothèse d'une révocation valable est d'autant plus rare que bien souvent le mari ayant abandonné

sa femme se soucie peu de révoquer le mandat tacite par lequel sa femme le représente; il s'en désintéresse.

Mais cette révocation n'empêche pas que le mari reste tenu de subvenir aux besoins de sa femme comme à ceux de ses enfants. La femme, poussée par la nécessité, sera bien obligée de continuer à passer les actes indispensables à sa vie quotidienne. Elle s'est obligée personnellement, c'est vrai, mais le mari l'est aussi dans la mesure où la dépense effectuée par la femme correspond à son obligation d'entretien. Si la femme ne s'acquitte pas, les tiers fournisseurs pourront intenter un recours contre la femme basé sur l'action de *in rem verso* : la jurisprudence consacre formellement ce recours¹. Il importe de signaler qu'il n'est possible que dans les cas où l'action tirée du mandat est irrecevable : le principe du caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso* est en effet formel².

Ainsi donc les tiers ont contre le mari, pour les actes passés par la femme pour sa subsistance, ou l'action en paiement ordinaire tirée du mandat ou, à son défaut, l'action de *in rem verso*.

2) En second lieu, rappelons-le, les tiers ne pourront invoquer le mandat pour se faire payer des fournitures qui, par leur nature, sont bien du domaine du mandat domestique, mais dont le chiffre dépasse le plafond de celui-ci. Le mari, certes sera engagé pour une certaine part, calculée d'après les ressources apparentes ou réelles. Mais,

1. Civ., 12 janvier 1874, D. 1874.1.153; Cour de Poitiers, 23 décembre 1889, D. 90.2.360; Trib. Seine, 14 mars 1889, D. 91.2.259; Cour de Paris, 30 novembre 1899, D. 1900.2.105.

2. Civ., 12 mai 1914, S. 18.1.41; Civ., 2 mars 1915, D. 1920.1.102; Rouast, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, p. 36.

pour le surplus il n'y a plus mandat, il n'y a pas non plus enrichissement car son obligation d'entretien est remplie.

La situation est la même que dans le cas d'abandon dû à la femme. Ici comme là il n'y a plus ni mandat ni obligation d'entretien¹. La femme étant incapable n'a pu engager valablement, mais le fournisseur peut intenter contre elle l'action de *in rem verso* pour lui faire restituer l'enrichissement que lui a apporté cette fourniture d'importance exagérée².

Rappelons que la jurisprudence n'exige pas, comme le font M. Aubry et Rau³ que la femme ait fait emploi utile de ce qu'elle a reçu « en qualité de femme mariée et de mère de famille ». Elle admet l'action si la dépense avait un caractère nettement superflu et somptuaire.

Cette action de *in rem verso* contre la femme reçoit donc ici application concurremment avec celle du mandat dans les hypothèses où cette dernière n'assure pas un recours complet au tiers. Elle la complète mais d'une façon bien peu satisfaisante, car souvent le tiers éprouvera des difficultés à établir que la femme a tiré profit de la convention.

3) Nous arrivons aux cas où la femme a accompli des actes particulièrement graves pour lesquels elle est absolument incapable : aliénation d'immeubles, constitution d'hypothèques, etc... Elle ne peut les accomplir qu'avec l'autorisation de son époux, c'est-à-dire, nous dit le Code,

1. Cour de Paris, 22 avril 1889, D. 1891.2.257.

2. Cour de Paris, 7 mars 1890, D. 1891.2.259; Trib. de la Seine, 11 septembre 1891, *Gaz. Pal.*, 92.1.782; Justice de Paix de Bergues, 7 février 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.1.602.

3. Aubry et Rau, 5^e éd., tome VIII, p. 509 note 58.

« le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ».

Si la femme n'est pas autorisée, l'acte est radicalement nul et la femme pourra toujours invoquer cette nullité; le mari également et les tiers ne pourront lui opposer qu'en abandonnant sa femme il a renoncé à son droit de demander la nullité des actes passés par elle sans son autorisation. Il s'agit en effet d'une prérogative de puissance maritale, donc d'ordre public, à laquelle il ne peut renoncer.

Trop souvent cependant cette nullité serait contraire à l'équité. Les tiers ont traité avec une femme qui les a trompés sur sa situation en se faisant passer faussement pour capable. Son mari se désintéresse d'elle; l'un comme l'autre n'invoqueront la nullité que si l'acte en question se résout pour eux en une perte. Aussi la jurisprudence paralyse-t-elle parfois l'action en nullité tant du mari que de la femme rendant ainsi l'acte inattaquable, donc valable. L'étude de cette construction jurisprudentielle est du domaine de la section suivante.

Nous rencontrons ici, en effet, le second moyen dont usent les tribunaux pour donner un peu de crédit à la femme abandonnée et plus particulièrement ici pour sauvegarder les intérêts des tiers. Nous en avons terminé avec l'étude du premier, à savoir les recours accordés aux tiers contre le mari ou la femme : mandat et à défaut action de *in rem verso*. Abordons maintenant le second : rejet de l'action en nullité dont bénéficient l'un et l'autre des époux.

Section II. — Paralysie de l'action en nullité du mari et de la femme.

Il est indéniablement conforme à l'équité de valider par ce moyen des actes dont l'annulation préjudicierait aux tiers; mais comment justifier leur consolidation? Au nom de quel principe interdire au mari comme à la femme de les attaquer? L'étude des diverses décisions rendues sur cette question nous l'apprendra.

Et tout d'abord le jugement du Tribunal de commerce de la Seine en date du 8 juillet 1903¹. Il s'agissait d'opérations de bourse effectuées avec une banque par une femme séparée de fait depuis 10 ans : le mari prétendait obtenir de la banque la restitution des sommes encaissées au titre de cesdites opérations. Le Tribunal de commerce lui en refusa le droit sous prétexte « que la femme était tacitement autorisée par son mari à effectuer ces opérations ».

Cette justification, nous le savons, doit être rejetée. car notre Code ne permet pas les autorisations générales (art. 223) ou tacites (art. 217); elle aboutirait à valider tous les actes quels qu'ils soient de la femme séparée de fait.

Il fut fait appel de ce jugement devant la Cour de Paris qui, tout en le confirmant par arrêt du 5 janvier 1904² remplaça l'argument de l'autorisation tacite par celui du mandat. « En se désintéressant de sa femme il lui a évidemment donné, dit l'arrêt, le mandat tacite de disposer à

1. D. 1905.2.249 et la note de M. Binet.

2. D. 1905.2.249.

son gré de ses ressources ». Cette nouvelle justification cependant n'est pas meilleure que la précédente.

Une telle extension, du mandat nous le savons, est impossible : même au cas de séparation de fait, il reste mandat domestique¹ et ne saurait s'étendre à des actes de disposition, spécialement à des opérations de bourse². D'ailleurs, présumer que le mari donne mandat à sa femme de se livrer à toutes les spéculations qui peuvent lui plaire est encore plus invraisemblable que de présumer de sa part mandat pour toutes les dépenses strictement nécessaires. Enfin étendre la présomption de mandat à tous les actes possibles, c'est supprimer l'incapacité de la femme qui n'aura même plus besoin de dissimuler sa situation de femme mariée.

Ainsi donc ni la méthode de l'autorisation tacite, ni celle du mandat ne sont susceptibles de justifier le rejet de l'action en nullité : elles le justifieraient dans tous les cas, ce qui équivaldrait tout simplement à la suppression de l'incapacité de la femme, résultat inadmissible. L'action en nullité doit rester possible dans la majorité des cas : pour qu'elle soit paralysée il faut que les tiers aient été trompés, tel est le point essentiel.

Lorsque les tiers passent avec une femme mariée des actes qu'il lui est interdit d'accomplir seule, c'est, sauf imprudence impardonnable de leur part, parce qu'elle présente pour eux toutes les apparences d'une femme pleinement capable, c'est-à-dire non mariée. Il apparaît donc

2. Civ., 29 janvier 1930, *D. H.*, 1930, p. 161.

3. Req., 30 mai 1932, *D. H.*, 1932, p. 345 et S. 1933.1.217 (note de M. Guyot).

que dans cette hypothèse les tiers, pour ne pas subir de préjudice par l'annulation de ces actes, vont pouvoir invoquer la vieille maxime romaine « *error communis facit jus* ». Dans l'ancien droit nos Parlements en faisaient souvent application et le Code ne peut y avoir porté atteinte. La jurisprudence dans le cas qui nous intéresse s'en inspire souvent¹. « Celui qui crée une situation apparente doit subir les conséquences attachées par la loi à la situation réelle dont elle est l'image trompeuse. » (note de M. Jossierand D.1934.1.7.)

Mais elle s'inquiète moins du nombre de personnes qui partagent cette erreur que de sa cause elle-même. Les juges du fait, qui sont d'ailleurs souverains sur ce point, ne veulent pas seulement que les tiers aient eu de justes raisons de croire que la femme était pleinement capable, une erreur excusable ne suffit pas. Ils exigent pour qu'elle puisse paralyser l'action en nullité « qu'elle ait été invincible, que rien n'ait pu la faire prévoir² ».

En invoquant cette maxime, les tiers paralysent aussi bien l'action en nullité du mari que celle de la femme. Mais il leur sera bien difficile de prétendre, de prouver que leur erreur était invincible. Un moyen plus facile s'offre à eux : se transporter sur le terrain de la responsabilité civile. C'est la justification admise par l'unanimité de la doctrine³ et, nous le verrons, par les arrêts de juris-

1. Trib. civ., 4 février 1850, S. 1850.1.180; Civ., 3 juillet 1877, D. 1877.1.430; Tribunal de la Seine, 10 juin 1905, *Gaz. Pal.*, 1905.2.119. Voir aussi note Lurent sous D. 1931.1.43.

2. Civ., 7 août 1883, note de M. Labbé, S. 84.1.5.

3. Colin et Capitant, p. 614b; Planiol Ripert et Rouast, t. II, n° 437 et suiv.; Jossierand, t. I, p. 613, n° 1012; note de M. Hémard au S. 1907.1.145 et de M. Nast, D. 1934.2.97.

prudence récents. Nous allons envisager ce moyen d'abord à l'égard de la femme, puis à l'égard du mari.

§ 1. — *Responsabilité de la femme.*

Si le tiers a contracté avec la femme, c'est parce qu'elle l'a trompé, soit en se faisant passer pour capable, soit en invoquant une autorisation inexistante. En agissant ainsi, elle commet un quasi-délit; si, par la suite, elle prétend obtenir la nullité de son acte, le tiers lui opposera le brocard « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ».

Mais il semble qu'un simple mensonge ne puisse pas suffire à paralyser la nullité. Ce serait un moyen trop facile pour la femme d'échapper à son incapacité et la doctrine ne manque pas d'invoquer par analogie la règle de l'article 1307, aux termes duquel la simple déclaration de majorité par le mineur ne fait pas obstacle à sa restitution : la majorité des auteurs¹ exige de véritables manœuvres : mais ils sont loin d'être suivis par l'unanimité de la jurisprudence : si certains arrêts s'inspirent de leur doctrine² beaucoup d'autres décisions se contentent d'un simple mensonge³. Cette solution est parfaitement équitable et s'explique aisément⁴.

Si les tiers croient la femme sur sa simple déclaration sans vérifier celle-ci, ils commettent une faute⁵; celle-ci

1. Demolombe, t. IV, 327; Aubry et Rau, t. VII, 472 note 127. Colin et Capitant, t. I, p. 674bis.

2. Civ., 29 avril 1862, D. 1862.1.214; Civ., 6 avril 1898, D. 1898.1.305; Cour de Grenoble, 21 mai 1912, D. 1915.2.46.

3. Civ., 28 mars 1888, S. 1891.1.294; Civ., 3 juin 1902, D. 1902.1.452; Civ., 7 mai 1924, D. H., 1924, p. 413.

4. Voir MM. Planiol, Ripert et Rouast, Tome II, n° 422.

5. Civ., 6 avril 1898 précité.

est, en partie du moins, la source du préjudice que l'annulation de l'acte leur fera subir; il est normal qu'ils en supportent les conséquences, que l'acte reste annulable. Au contraire, si malgré leur prudence, ils n'ont pu découvrir le mensonge de la femme parce que par exemple « dans tous les actes d'une longue procédure y compris un arrêt de la Cour de cassation, elle a la qualité de célibataire majeure¹ », l'action en nullité ne peut équitablement leur être opposée car ils n'ont rien à se reprocher.

Il faut reconnaître qu'il serait plus conforme aux principes juridiques de conserver l'annulabilité de l'acte incriminé quitte à condamner la femme à une réparation pécuniaire à l'égard des tiers lésés. Elle a commis un quasi-délit : l'action en nullité ne doit en aucune façon en être atteinte; il est seulement normal que la femme répare par des dommages-intérêts le préjudice qu'elle cause au tiers².

Mais c'est justement à titre de réparation qu'il faut imposer la validité de l'engagement. Réparation n'est même pas le mot exact. le maintien de l'acte est un obstacle au préjudice; c'est ce système qui aboutit au résultat le plus équitable, sinon le plus orthodoxe. Il serait déplorable, par souci de formalisme, de créer le préjudice en autorisant l'annulation pour le réparer ensuite par des dommages-intérêts : c'est l'opinion de la majorité de la doctrine³ et de la jurisprudence⁴.

1. Civ. 3 juin 1902, précité.

2. Dans ce sens, Husson, thèse, page 139; Lefèvre, 155, 178 et 216.

3. Laurent, t. III, n° 160; Demolombe, t. IV, n° 327 et 328; Capitant, t. I, n° 614bis; Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 422 et 440.

4. Cour de Paris, 30 décembre 1896, D. 1897.2.310; Civ., 3 juin 1902, D. 1902.1.452; Req., 8 novembre 1905, S. 1907.1.145; Cour de Paris, 23 novembre 1932, D. 1934.2.97 et note M. Nast.

Mais si cette fraude de la femme paralyse entre ses mains l'action en nullité, elle ne l'enlève pas automatiquement au mari. Celui-ci pourra donc faire tomber l'acte : il n'aura ainsi servi à rien de le maintenir à l'égard de la femme. Aussi est-il indispensable d'enlever également cette action au mari.

§ 2. — *Responsabilité du mari.*

Celui-ci agit toujours dans un but intéressé. Abandonnant sa femme pendant un certain temps, il attaque soudain ces actes pour profiter de leur annulation. Mais comment l'en empêcher ? Il n'a, semble-t-il, rien à se reprocher car dans notre hypothèse, du moins, il était au loin lors de la passation de l'acte. Cependant les tribunaux pour refuser au mari son action ont appliqué tantôt la théorie de l'abus de droit, tantôt celle de la responsabilité délictuelle proprement dite.

Examinons successivement l'une et l'autre.

A) Abus de droit.

La Cour de Paris, dans son arrêt du 5 janvier 1904 (D.1905.2.249, précité), pour valider l'acte de la femme admit, nous l'avons vu, le mandat tacite de celle-ci, mais en outre elle justifia de l'action en nullité du mari par l'abus de droit dont celui-ci s'était rendu coupable. « Il abuse étrangement, dit-elle, de l'obligation de protéger sa femme mise à sa charge par l'article 213 du Code civil. » La Cour de Cassation, nous le verrons, rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt, mais justifia tout autrement sa décision¹.

1. S. 1907.1.145.

Le Tribunal de commerce de la Seine le 28 octobre 1904 justifia à son tour le rejet de l'action en nullité des époux par l'abus de droit; remarquons tout de suite que l'admission de l'abus de droit doit rester sans influence sur l'action en nullité de la femme; c'est par erreur que ce tribunal en a fait application à la femme¹ : l'action de celle-ci, s'appuyant sur la protection que lui accorde directement la loi, ne peut être paralysée par l'abus de la puissance maritale.

Que doit-on penser de ces décisions? Quand peut-on dire que le mari abuse de son droit?

Abusent de leur droit, dit la jurisprudence², ceux qui agissent uniquement pour nuire à autrui. Certes une action quelle qu'elle soit nuit toujours au défendeur; mais celui qui l'intente a généralement un intérêt légitime à le faire, c'est l'absence de cet intérêt, la recherche unique de « l'action méchante » qui crée l'abus de droit.

Or dans notre hypothèse, en intentant l'action en nullité, le mari n'obéira que bien rarement à l'intention de nuire; il agira presque toujours par intérêt, parce que l'annulation de l'acte incriminé fera généralement rentrer dans la communauté des biens qui en sont irrégulièrement sortis. Il pourra arriver cependant que le mari intente l'action uniquement pour nuire à sa femme; en ce cas — et nous croyons que ce doit être le seul, — l'abus du droit justifie le rejet de l'action.

D'ailleurs, comme le dit très bien M. Nast³, si l'on fait de l'intention de nuire le critérium de l'abus de droit, on ne pour-

1. *Gaz. Trib.*, 1905.2.2.139.

2. D. 1906.2.105. Note de M. Josserand.

3. Note au D. 1934.2.97.

ra refuser au mari l'action en nullité que lorsqu'il aura agi avec malice ou mauvaise foi¹, alors qu'il faut paralyser son action, nous le verrons, chaque fois que son absence, son mépris total des actes de la femme, en un mot son abandon auront trompé les tiers et leur auront causé préjudice.

Mais l'abus de droit peut être aussi, selon certains auteurs éminents², « le fait d'exercer le droit contrairement à sa destination économique et sociale ». Il ne s'agit plus d'un critérium subjectif, la volonté du mari, mais d'un élément objectif, conception sociale à laquelle répond ce droit. En ce qui concerne l'action en nullité du mari, on peut prétendre que celle-ci étant basée sur l'autorité maritale, qui n'existe que pour la protection de la famille, si le mari n'en use que dans son intérêt il en abuse³.

Mais cela est difficile à soutenir : la puissance maritale est selon la loi quelque chose de si essentiel qu'on ne peut guère admettre qu'elle ait entendu y fixer des limites. Comme elle, l'action en nullité repose sur un principe d'ordre public et la loi n'a pu vouloir lui apporter la restriction proposée.

L'abus du droit, sauf le cas exceptionnel où le mari agit pour nuire à sa femme, ne nous semble donc pas une base possible pour rejeter l'action du mari⁴.

B) Responsabilité civile.

Cette justification est invoquée par les plus récentes décisions rendues à ce sujet. L'une par la Cour de cassation

1. Civ., 26 avril 1920, D. 1924.1.119.

2. Hauriou, note sous Conseil d'Etat, 27 février 1903, S. 1905.3.17.

3. Trib. Lille, 12 novembre 1906 D. 1908.2.73.

4. Hémar et Nast, note précitée. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, note p. 358; Dauriac, p. 143 et suiv.

pour l'affaire Bernis dont nous avons déjà parlé¹, et l'autre récemment par la Cour de Paris le 23 novembre 1932².

Elle n'exige nullement une faute intentionnelle; le mari est responsable non pas par le fait d'intenter son action en nullité mais par le fait de son attitude passée; on n'exige pas du tout qu'il ait été complice des actes de sa femme, qu'il les ait connus : sa responsabilité est beaucoup plus large. En se désintéressant complètement des actes de sa femme il a commis une faute « car il a facilité les manœuvres frauduleuses de celle-ci et induit les tiers en erreur sur sa situation légale » (Req. 8.11.1905).

Il s'agit bien d'une faute civile qui tombe sous le coup des articles 1382 et 1382 du Code³. Le mari n'a pas agi comme il aurait dû le faire, il a laissé se créer une situation confuse, irrégulière. C'est un quasi-délit d'abstention. Il s'est en quelque sorte fait le complice de sa femme.

Il est à remarquer, tout au contraire, qu'une fraude de la femme est parfaitement annulable par le mari, si celui-ci est innocent de toute fraude⁴.

Mais ici encore nous retrouvons l'objection que la faute du mari n'empêche pas que l'acte soit nul. Nous y répondrons de la même façon que plus haut « Il est plus logique d'empêcher le préjudice de se produire en rejetant l'action du mari, plutôt que de le provoquer pour le réparer ensuite. »

Cette justification pour la responsabilité civile du mari est parfaitement admissible : elle ne contient pas, comme

1. 8 novembre 1905, S. 1907.1.145.

2. D. 1934.2.97.

3. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 440; Josserand, t. I, 1012; Colin et Capitant, t. I, n° 614bis, notes de M. Hémard et Nast précitées.

4. Cour d'Aix, 9 octobre 1931, *Sem. jur.*, 1932, p. 637.

celle de l'autorisation ou du mandat tacite, des présomptions invraisemblables, elle est en parfait accord avec les règles juridiques et ne bat pas en brèche les principes de l'incapacité de la femme et de l'autorité maritale.

Ainsi l'acte est validé : non seulement le mari ne pourra le faire annuler mais encore il ne pourra s'opposer à ce que cette obligation contractée par la femme s'exécute sur le bien de la communauté, même sur ceux qui ne sont pas, restés entre les mains de la femme : il a commis une faute il ne faut pas que les tiers de bonne foi en supportent à sa place les conséquences.

Il y a vraiment faute du mari alors qu'il n'y a pas abus de droit. Enfin la théorie de la responsabilité civile a sur celle du mandat et de l'autorisation tacite une dernière supériorité : elle exige que le tiers n'ait de son côté commis aucune faute; il ne suffit pas qu'il ait été de bonne foi, il faut encore qu'il ait pris « les précautions d'usage ou professionnelles avant d'entrer en relations avec elle ».

Remarquons cependant que, dans les cas où le refus de l'action de nullité n'est pas possible, le tiers ne reste pas sans recours. Il peut exiger de la femme, par la voie de l'action de *in rem verso* et selon l'article 1307, la restitution du profit qu'elle retire de sa non-exécution. L'action d'enrichissement sans cause est une procédure qui s'applique à tous les actes quels qu'ils soient et non pas seulement aux actes d'administration. Mais il appartiendra aux tiers qui allèguent un profit retiré d'en faire la preuve.

TITRE II

Femme commerçante ou exerçant une profession.

Nous l'avons dit, l'abandon est une situation surtout fréquente dans les classes pauvres. La femme, de par le départ de son mari et le fait que le plus souvent, en pratique elle n'obtient aucun secours de lui, est obligée de travailler, si elle ne le faisait pas déjà, pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants que son mari a abandonnés avec elle. Mais cette obligation n'est pas spéciale aux femmes des classes pauvres. Il en est souvent ainsi dans les familles plus aisées, riches même, où le départ du mari plonge parfois la femme dans la gêne et dans la misère.

Or pour entreprendre une profession quelconque, la femme doit se procurer l'autorisation de son mari¹. Le Code de commerce l'exige dans son article 4 et il faut généraliser cette disposition.

Remarquons que cette nécessité d'autorisation par le mari ne rentre pas dans le cadre de l'incapacité de la femme mariée, c'est une prérogative de la puissance maritale dont il faut d'ailleurs souhaiter le maintien, alors qu'au contraire la suppression de l'incapacité de la femme est hautement désirable². Aussi les caractères de cette autorisa-

1. Contrairement à ce qu'ont soutenu certains arrêts (Paris 24 octobre 1912 et 8.13.1923, D. 1915.2.44 et *Gaz. Pal.*, 1926.2.709), la loi de 1907 n'a pas touché à ce droit du mari (Req., 3 novembre 1926, S. 1927.1.23 commenté par M. Rouast (*Revue critique*, 1928, page 262).

2. Les législations allemandes et suisses qui ont supprimé celle-ci ont conservé celle-là (art. 1358 allemand, art. 167 suisse). Le projet français de 1932 qui tend à supprimer l'incapacité de la femme fait disparaître également l'autorité maritale car il considère (voir l'exposé des motifs, *J. O.*, 1932, documents parlementaires, Sénat, p. 947) que supprimer la première en con-

tion différent-ils de ceux de l'autorisation maritale ordinaire.

Tout d'abord elle est générale et non spéciale : ici encore la loi ne s'est prononcée qu'en ce qui concerne le commerce, mais il doit en être de même pour les autres professions, car on ne peut à tout instant faire intervenir le mari dans leur exercice.

De plus elle est exempte de formes, elle n'est donc pas forcément expresse ; ceci résulte nettement de l'article 4 du Code de commerce qui n'exige que le « consentement du mari ». La jurisprudence étend ce caractère aux autres professions.

Enfin elle est révocable ; s'il en était autrement, le mari abdiquerait un élément de sa puissance paternelle, une prérogative d'ordre public, à laquelle l'article 1388 lui interdit de renoncer.

Cette autorisation permettant à la femme d'exercer une profession élargit considérablement, nous le verrons, la capacité de celle-ci.

Telles sont les règles ordinaires fort compatibles avec l'hypothèse d'époux menant une vie commune. Mais il semble en être tout autrement en cas d'abandon. Trois questions essentielles se posent alors.

La femme abandonnée qui veut travailler peut-elle entreprendre une profession sans autorisation ?

La femme abandonnée qui travaille peut-elle voir disparaître l'autorisation qui lui permettait de le faire ?

servant la seconde est faire œuvre vaine. Après une longue discussion la société d'études législatives (*Bull. de la Société*, 1934, p. 81), a préconisé l'insertion dans l'art. 213 nouveau de la formule suivante « le mari est le chef de la famille ».

Quelle est l'influence de l'abandon sur la capacité de la femme exerçant une profession ?

Examinons successivement ces trois questions.

Section I. — L'exercice par la femme abandonnée d'une profession exige-t-il une autorisation ?

Nous allons voir tout d'abord si le consentement du mari est indispensable ? Nous nous demanderons en second lieu s'il ne peut être suppléé par l'autorisation de justice.

§ 1. — *Consentement du mari.*

La femme mariée abandonnée par son mari semble ne pouvoir exercer un commerce ou une profession quelconque sans le consentement de celui-ci. C'est du moins ce qui ressort, nous venons de le voir, du principe de notre droit. Le mari a un droit de contrôle sur l'activité de sa femme, droit qui ressort immédiatement de la puissance maritale. Ce serait violer l'ordre public que d'y déroger.

En ce qui concerne l'entreprise d'un commerce, le consentement du mari peut consister en un simple laisser-faire : la femme exerce valablement son commerce au vu et su de son mari lorsque celui-ci n'y fait aucune objection¹.

Il semble donc que ce consentement tacite ne vaille que pour l'hypothèse de vie commune dans laquelle le laisser-faire du mari suppose logiquement son acceptation puisqu'il est bien forcé de s'apercevoir que sa femme exerce

1. Cassation, 7 mars 1922, D. 1925.1.136; Cour de Paris, 11 décembre 1930, *Gaz. Pal.*, 1931.1.149.

un commerce. Par contre en cas de séparation de fait, d'abandon, il ne suffira plus car le mari pourra très bien ignorer les faits et gestes de sa femme : son silence ne pourra faire présumer le consentement.

Une autorisation expresse semble donc nécessaire ; mais nous avons vu plus haut que les circonstances s'opposent souvent à ce qu'une femme abandonnée obtienne de son mari une autorisation. Elle ignorera souvent le lieu de sa résidence ; le connaîtrait-elle que le mari trop souvent refuserait par pure méchanceté ou se le ferait payer. Enfin il est révoltant qu'une femme, que son mari a plongée avec ses enfants dans la misère, soit forcée de s'adresser à lui pour avoir le droit de vivre.

Aussi la jurisprudence déclare-t-elle que la femme abandonnée par son mari est tacitement autorisée par lui à entreprendre un commerce, d'ailleurs d'après elle¹ les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier si le mari a bien autorisé sa femme à faire le commerce. Il nous semble qu'il faut voir dans son abandon une autorisation implicite ; exiger pour admettre celle-ci la connaissance certaine par le mari des faits et gestes de sa femme nous paraît, dans l'hypothèse de l'abandon, une restriction exagérée.

En sera-t-il de même pour l'exercice d'une profession non commerciale ? Si l'on s'en tient aux principes du Code civil cela semble bien malaisé, mais il faut assimiler aux professions commerciales les autres métiers. L'article 4 du Code de commerce admet le simple consentement du mari

1. Req., 1^{er} mars 1877, S. 1897.1.352.

parce qu'il est à présumer qu'il a connaissance du commerce de sa femme, il aura tout aussi bien connaissance de sa profession noncommerciale. La jurisprudence admet cette assimilation¹ et, comme pour exercer le commerce, considère que la femme abandonnée est tacitement autorisée à prendre une profession. L'arrêt de la Chambre des requêtes du 6 juin 1878 fait intervenir ici l'idée de mandat tacite : mais, comme le remarquent à juste titre MM. Planiol, Ripert et Rouast (t. II n° 385 *in fine*), il s'agit non d'un mandat mais d'une autorisation car le mari ne sera pas engagé par les obligations professionnelles de sa femme.

Cette jurisprudence protectrice de la femme est également favorable aux intérêts des tiers : la femme ne saurait, s'appuyant sur le défaut d'autorisation, demander la nullité de ses engagements professionnels².

§ 2. — Mais la femme ne pourra-t-elle pas *s'adresser à la justice* pour obtenir son autorisation ? Si, seconde hypothèse, le mari s'oppose à ce qu'elle travaille, pourra-t-elle se faire habiliter par l'autorité judiciaire ?

En ce qui concerne l'exercice d'un commerce, l'article 4 du Code de commerce ne prévoyant que le consentement du mari et non l'autorisation de justice, la doctrine³ soutient que la femme ne peut se faire autoriser en justice à faire le commerce. D'ailleurs la femme commune en biens

1. Req., 6 août 1878, D. 79.1.400; Req., 22 juillet 1891, D. 1892.1.5; Req., 21 mars 1882, S. 83.1.112; Trib. Seine, 12 février 1902, *Gaz. Pal.*, 1902.2.2762; Req., 11 novembre 1907, D. 1908.1.225 et note de M. Colin, Requêtes., 24 décembre 1917, D. 1921.1.13.

2. Cour de Paris, 23 août 1851, D. 1852.2.10.

3. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 250; Thaller et Percerou, n° 160; Aubry et Rau, t. VII, n° 472, note 70; Demolombe, t. IV, n° 248; *contra*, Baudry-Lacantinerie, t. III, n° 2263.

engage par son commerce tous les biens des époux (art. 220) il semble donc qu'elle ne puisse le faire sans le consentement de son mari¹; enfin en dehors d'intérêts matériels, le mari est seul juge des raisons morales qui commandent sa décision sur l'entreprise d'un commerce par sa femme. Il s'agit de sa puissance maritale. Il doit être seul juge.

En ce qui concerne l'exercice d'une profession, ce dernier argument seul est admissible. En effet un argument en sens contraire peut se trouver dans l'article 219 : celui-ci permet à la femme de s'adresser à la justice lorsque son mari refuse de l'autoriser à « passer un acte ». Passer un acte est une formule générale qui englobe le choix d'une profession. Cet article 219 étant très large, il faut même l'appliquer à la femme commerçante.

Mais cet argument n'est pas absolument convaincant; choisir, exercer une profession est tout autre chose qu'un simple acte qui n'a que des conséquences pécuniaires. N'est-il pas beaucoup plus exact de dire² que l'intervention de justice se justifie parce qu'aucun pouvoir juridique ne doit être absolument discrétionnaire et arbitraire. Ceci qui est déjà vrai³ en cas de vie commune l'est *a fortiori* en cas d'abandon. Aussi la jurisprudence admet-elle l'intervention de l'autorité judiciaire tant pour exercer une profession commerciale⁴ que non commerciale⁵.

1. Colin et Capitant, tome I, page 664.

2. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 386.

3. *Contra*, M. Choquet qui n'admet l'autorisation de justice qu'en cas de séparation de fait (page 154).

4. Req., 9 novembre 1859, D. 1860.1.87; Req., 17 janvier 1881, D. 1881.1.225; Lyon, 5 mars 1908, D. 1908.5.33.

5. Cour de Paris, 3 janvier 1868, D. 1868.2.28; Trib. de la Seine, 16 mai 1891, D. 1894.2.56; Cour de Paris, 4 mars 1903, D. 1903.2.144; Cour de Paris, 24 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 2 août 1911.

Certains auteurs¹, s'appuyant sur l'article 1426, vont même jusqu'à affirmer que les actes que la femme autorisée en justice passera dans l'exercice de sa profession obligeront tous les biens communs : mais cette prétention est rejetée par le reste de la doctrine².

Ainsi donc la jurisprudence soutient que la femme abandonnée est tacitement autorisée à entreprendre une profession quelconque et qu'elle peut en particulier sur défense du mari s'y faire autoriser en justice.

Section II. — Nous en arrivons maintenant à notre seconde question : *la femme abandonnée qui exerce une profession ou un commerce peut-elle voir disparaître l'autorisation qui lui permettait de le faire ?*

M. Thaller soutint jadis³ que le consentement du mari d'une femme commerçante équivalait à un mandat, à une procuration. Il se fondait pour cela sur l'article 5 du Code de commerce « la femme oblige son mari s'il y a communauté ». Elle l'oblige, disait-il, parce qu'il est son mandant, et il concluait à l'extension de cet article aux régimes autres que la communauté. Ce mandat obéira donc aux règles ordinaires des mandats : la simple volonté du mari suffira pour le faire disparaître, mieux encore, son intention probable puisque c'est un mandat présumé : ce sera le cas dans l'hypothèse de la séparation de fait, d'abandon. Le seul fait de l'abandon enlèvera donc à la femme le droit de travailler.

1. Baudry-Lacantinerie, n° 1, n° 612.

2. Lyon-Caen, Renault, t. I, n° 258; Thaller et Percerou, t. I, n° 160.

3. *Rev. crit. de législ.*, 1882, p. 607 et 1883, p. 35.

Cette thèse est inexacte et M. Thaller lui-même le reconnut par la suite; l'article 5 déclare le mari tenu tout simplement parce que commun en biens, mais pas du tout parce que commerçant par l'entremise de sa femme¹; sous les autres régimes il n'est pas tenu, si ce n'est de *im rem verso* dans la mesure du profit qu'il retire des bénéfices du commerce de sa femme, par exemple par le fait que celle-ci subvient en partie aux charges du ménage.

En réalité l'autorisation du mari est une habilitation qui relève la femme de son incapacité².

Il s'agit moins d'une autorisation que d'une dispense d'autorisation. L'article 220 du Code nous dit « le femme ne peut sans l'autorisation de son mari... » Selon les propres termes de MM. Lyon-Caen et Renault³, « elle est réputée non mariée pour les faits relatifs à son commerce ».

La séparation de fait ne pourra donc avoir pour effet automatique de détruire le droit de la femme à faire sans autorisation les actes de sa profession.

Mais le mari peut-il révoquer l'autorisation dont bénéficiait sa femme qui exerçait un commerce ou une profession ?

Cette question déjà importante en cas de vie commune le devient davantage encore dans notre hypothèse d'abandon : le plus souvent le fruit de son travail, de son commerce sera pour la femme son seul moyen d'existence : le mari par esprit de méchanceté, pour se faire payer son désistement,

1. Lyon-Caen et Renault, t. I, p. 196.

2. Lyon-Caen et Renault, t. I, p. 240 et suiv.

3. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 252.

tentera trop souvent de retirer à sa femme le droit de travailler.

Cependant il est impossible de prétendre enlever le droit de révocation au mari¹. C'est du moins l'opinion de toute la doctrine. Ce droit est une prérogative de l'autorité maritale, donc d'ordre public, le mari ne peut donc y renoncer; il peut révoquer l'autorisation qu'il a donnée lui-même à sa femme ou que la justice a accordée à celle-ci. De plus elle s'appuie sur l'article 4 du Code de commerce « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari » (celui-ci n'empêchera pas cependant la jurisprudence, nous l'avons vu, de permettre à la femme de se passer du consentement de son mari de s'adresser à l'autorité judiciaire). Cette révocabilité *ad nutum* enlève de sa valeur à la loi de 1907; les droits qu'elle accorde à la femme sont d'une fragilité extrême si le mari peut à son gré lui enlever la possibilité d'exercer un commerce ou une profession, seules situations qui lui permettent d'avoir ces droits.

Aussi certains auteurs² admettent-ils que la femme pourra appeler de cette révocation devant le tribunal si elle ne répond pas à des motifs graves. Regnaud³ avait proposé au Conseil d'Etat l'introduction dans le Code de ce recours au juge : mais cette disposition ne fut pas votée; Elle est insérée par contre dans les Codes italien (art. 815) et roumain (art. 118).

1. Lyon-Caen et Renault, n° 251; Thaller, Demolombe, t. IV, p. 323; Aubry et Rau, t. VII, p. 255.

2. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 386; Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 251; Demolombe, t. IV, n° 323; Toullier, t. XII, n° 257. Pour la libre révocation, Thaller, p. 159.

3. Loce, t. XVII, p. 157.

La loi de 1907, dont nous nous occuperons plus en détail tout à l'heure, prévoit indirectement un cas de révocation par le mari de son autorisation : l'article 2 de cette loi en effet autorise le mari à demander au tribunal de retirer à sa femme qui en abuse ses pouvoirs sur ses biens réservés. Si la femme a monté un commerce uniquement avec ses biens réservés, lui enlever ses pouvoirs sur ceux-ci aboutit à révoquer son droit d'exercer valablement un commerce.

Il nous paraît que cette procédure prévue par l'article 2 de cette loi de 1907 ou du moins une procédure analogue devrait être étendue à tous les cas de révocation. Certes ce droit fait partie intégrante de la puissance maritale. Mais puisque la jurisprudence suivie par une bonne partie de la doctrine admet que l'autorité judiciaire peut permettre à la femme d'exercer une profession ou un commerce quelconque, il doit logiquement en être de même en cas de révocation. Ici comme là, la puissance maritale doit être l'objet d'une surveillance de peur qu'elle dégénère en tyrannie : cette nécessité est particulièrement claire dans le cas spécial d'abandon.

Section III. — Répercussion de l'abandon sur la capacité de la femme qui travaille.

Il nous reste maintenant à examiner ce que devient la capacité de la femme qui travaille lorsque le mari l'abandonne.

Qu'elle est, en effet, l'extension qu'apporte à la capacité d'une femme mariée l'exercice d'un commerce ou d'une profession quelconque ?

La réponse à cette question se trouve développée chez tous les auteurs. Peut-être cependant est-il bon d'en dire quelques mots. Nous allons voir tout d'abord que la loi de 1907 a étendu la capacité de la femme qui travaille sur tous les biens du ménage, puis plus spécialement sur les biens réservés; en troisième lieu enfin nous envisagerons la capacité que le Code apporte à une femme commerçante.

§ 1. — La loi de 1907 a donné à la femme qui travaille un pouvoir propre légal d'engager tous ses biens comme tous ceux du mari pour les besoins du ménage¹. Cela résulte de l'alinéa 1 et *a contrario* de l'alinéa 4 de l'article 3 ainsi conçu : « le mari n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté ni sur les siens propres, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme ».

Il semble difficile de considérer que la loi de 1907 n'a fait qu'appliquer la théorie du mandat tacite. S'il en était ainsi, la femme n'obligerait pas ses propres; or souvent ses biens réservés auront la qualité de propres, ce qui ne les empêchera pas d'être saisissables par les créanciers de dettes du ménage que celles-ci soient contractées par le mari ou par la femme (alinéas 1 et 2 de l'article 3)². En outre s'il ne s'agissait que d'un mandat du mari, celui-ci pourrait le révoquer. Or il ne pourra le faire qu'appuyé sur une décision judiciaire rendue dans les termes de l'article 2.

Force nous est donc de reconnaître que la femme qui travaille a des pouvoirs autres que ceux des autres femmes³;

1. Lalou, n° 67; Margat, p. 221; Morin, p. 264; Guillot, p. 120.

2. Aubry et Rau, t. VIII, p. 125-126; Guyot, p. 139.

3. Lalou, n° 68; Planiol, Ripert et Nast, t. IX, n° 1368.

elle possède un pouvoir analogue au *Schlusselgewalt* de la femme allemande¹. Contrairement à ce que l'on pourrait soutenir, ce pouvoir n'est malheureusement pas une application particulière d'un droit appartenant en propre à toutes les femmes; les travaux préparatoires de la loi de 1907 prouvent péremptoirement que c'est là une mesure exceptionnelle.

§ 2. — La capacité de la femme qui travaille est en second lieu presque complète sur les produits de son travail et les économies en résultant, c'est-à-dire ses biens réservés. Cette capacité on le sait, n'a été accordée à la femme que par la loi du 13 juillet 1907. Ainsi donc, avant cette date rien dans la loi n'empêchait un mari d'abandonner sa femme avec ses enfants et de les laisser dans la misère sans cesser de toucher lui-même le produit du travail de sa femme.

D'après cette loi la femme touche elle-même les produits de son travail, mais en second lieu, et surtout, elle jouit d'une capacité très étendue sur les économies qu'elle réalise avec ses salaires, c'est-à-dire ses biens réservés. Elle peut effectuer sur eux tous les actes d'administration : réparation, location, perception de revenus, placements, elle peut les aliéner à titre onéreux même s'il s'agit d'immeuble : ainsi donc elle peut les vendre, les hypothéquer, elle peut contracter n'importe quelle obligation : emprunts, cautionnements, qui s'exécuteront sur ses biens réservés. Enfin la loi en son article 6 l'autorise à ester en justice, pour tout ce qui concerne ses salaires ou ses biens réservés : puisqu'elle

1. Voir Lyon-Caen, *La femme mariée allemande*; Binet, thèse, Nancy, 1904
Fenard, thèse, Paris, 1916.

peut ester en justice elle pourra donc également transiger.

Cependant la loi de 1907 impose à la capacité de la femme sur ses biens réservés deux restrictions : sauf une hypothèse exceptionnelle prévue par la loi du 19 mars 1919 la femme ne peut aliéner à titre gratuit ses biens réservés ; en second lieu, nous retrouvons une restriction commune avec la femme commerçante ; l'impossibilité de s'associer sans autorisation.

§ 3. — Telle est l'extension de capacité que la loi de 1907 a apportée à toutes les femmes qui travaillent. Mais il nous faut envisager en dernier lieu les droits qu'accorde le Code spécialement à la femme commerçante. Ils ne valent qu'en ce qui concerne son commerce : en dehors de ce domaine, c'est le droit commun : l'incapacité. La femme commerçante, nous dit l'article 220, peut sans l'autorisation de son mari s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce et, ajoute la loi, elle oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux. Le texte de cet article est reproduit au Code de commerce, article 5, et l'article 7 précise encore « elle peut également engager, hypothéquer, aliéner ses immeubles.... »

Mais sa capacité va-t-elle jusqu'à pouvoir vendre le fonds de commerce ou même le grever de droits réels ? La Cour de Bordeaux dans un arrêt tout récent¹ le lui interdit sans l'autorisation de son mari. Mais il faut, semble-t-il, distinguer trois hypothèses selon que le fonds est bien réservé, propriété de la femmes, ou bien commun.

Si c'est un bien réservé la femme, nous l'avons vu tout à

1. Cour de Bordeaux. 18 octobre 1932, *Rec. des arr. is de Bordeaux*, 1933, p. 105.

l'heure, peut en disposer librement (art. 1 alinéa 3 de la loi de 1907) et ce quel que soit son régime matrimonial.

Mais supposons que le fonds ne soit pas bien réservé, la femme peut-elle cependant l'aliéner librement? Si le fonds est propriété de la femme, la possibilité pour elle de l'aliéner est une question de capacité : elle est capable pour « tout ce qui concerne son négoce », l'aliénation du fonds rentre-t-elle dans cette formule? même serait-elle l'acte terminal de ce négoce, (il n'en est pas toujours ainsi car souvent la femme vend son fonds pour en acheter un autre) il faut répondre par l'affirmative, d'autant plus que surtout ces dernières années, la vente d'un fonds de commerce, bien sujet à plus-values considérables, était le but de son exploitation, la source essentielle de bénéfices de celle-ci. Il faut donc permettre en ce cas à la femme de vendre librement son fonds¹.

Mais, troisième hypothèse, si le fonds est bien de communauté ce n'est plus une question de capacité mais une question de pouvoir. Sa cession est bien une opération rentrant dans l'exercice du commerce et la femme n'a pas le droit, le pouvoir de l'effectuer sans l'autorisation de son mari chef de la communauté. La femme, évidemment, a le droit de disposer des marchandises destinées à être vendues, des capitaux constituant le fonds de roulement de l'entreprise. Certains auteurs² et l'arrêt de Bordeaux précité l'autorisent même à aliéner le mobilier et l'outillage que le mari a mis à sa disposition, élément périssable à renou-

1. Paris, 22 juillet 1858, *Journ. du Trib. de commerce*, 1558, p. 427. Margat-Cendrier.

2. Margat, p. 204; Cendrier, n° 138.

veler périodiquement, mais le mari doit intervenir à l'aliénation du fonds lui-même¹.

En ce qui concerne le pouvoir d'ester en justice, la femme ne pouvait le faire selon l'article 215 qu'avec l'autorisation de son mari; mais la loi de 1907 a supprimé cette nécessité en permettant à toutes celles qui en bénéficient y compris donc les femmes commerçantes d'ester librement en justice « dans toutes les contestations relatives au droit qu'elle leur reconnaît » sur les produits de leur travail². L'autorisation maritale ne sera donc nécessaire que si le litige porte sur le capital, à moins que celui-ci soit constitué uniquement par des biens réservés³.

Enfin la jurisprudence⁴ apporte une troisième restriction à la capacité de la femme commerçante : elle exige que la femme se munisse d'une autorisation spéciale pour entrer dans une société, tout au moins une société de personnes.

Telle est l'extension considérable que la loi apporte à la capacité de la femme mariée qui travaille. Il est bien évident que l'abandon ne saurait la restreindre. Nous avons vu, en effet, que le départ du mari n'a pu diminuer en aucune façon les pouvoirs de la femme : mais peut-il les étendre ? Cela peut surprendre au premier abord car la capacité de la femme dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle semble à peu près complète. Nous avons vu cependant qu'elle subit des restrictions.

1. Lyon, 23 octobre 1925, D. 27.2.167.

2. *Contra* Thaller, 172 bis.

3. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 429.

4. Req., 9 novembre 1859, D. 1860.1.87; Cour de Lyon, 28 mars 1866. S. 1867.2.46.

En ce qui concerne la femme commerçante, le départ de son mari ne l'empêchera pas d'effectuer seule toutes les opérations qui lui étaient permises avant la séparation, mais *quid* des trois restrictions apportées à sa capacité commerciale ?

Pourra-t-elle tout d'abord vendre son fonds de commerce ? Nous avons vu que cela était permis si le fonds est bien réservé ou propre. L'abandon n'apportera aucune modification à ce droit. Mais il n'autorisera pas davantage l'aliénation par la femme du fonds de commerce faisant partie de la communauté : cette aliénation serait nulle, nous l'avons vu, comme seraient nulles les opérations de bourse, les aliénations d'immeubles ou d'autres actes qui exigent absolument une autorisation.

En second lieu, elle ne pourra pas davantage ester en justice pour tout ce qui concerne le capital de son entreprise à moins, avons-nous dit, que celui-ci soit uniquement bien réservé. Si nous adoptons l'opinion de M. Hénard qui considère que la femme abandonnée recouvre sa pleine capacité sur ses biens propres¹, elle pourra également plaider pour tout ce qui concerne le capital de son entreprise lorsque celui-ci est un de ses propres.

Enfin la femme commerçante abandonnée ne pourra entrer dans une société, du moins une société de personnes.

Mais puisque nous avons admis avec la jurisprudence que l'autorisation de justice peut suppléer celle du mari pour permettre à une femme l'exercice d'un commerce ou d'une profession, ne peut-on soutenir qu'il en sera de

1. Note au S. 1907.1.145.

même dans ces trois hypothèses qui normalement réclament l'intervention du mari ? Cela ne paraît pas possible : l'autorisation de justice ne peut permettre en effet à la femme (sauf les cas exceptionnels de l'article 1427) de disposer des biens communs. Elle pourra donc autoriser une femme commerçante à entrer dans une société mais ne pourra pas plus lui permettre de faire apport à celle-ci de biens communs qu'elle ne pourra lui donner la possibilité de vendre un fonds de commerce commun ou d'ester en justice pour ce qui concerne le capital de celui-ci.

Quant à la femme non commerçante elle conservera évidemment tous les pouvoirs que lui accorde la loi de 1907. Pourra-t-elle disposer de ses biens réservés à titre gratuit ? pourra-t-elle s'associer librement ?

Il nous semble que l'autorité judiciaire suppléant celle du mari pourra lui permettre de s'associer, mais non de faire des aliénations à titre gratuit si ce n'est dans le cas prévu par l'article 1427, c'est-à-dire pour l'établissement d'un enfant commun en cas d'absence du mari. Nous avons vu précédemment qu'il faut entendre le mot absence au sens large du mot, c'est-à-dire « non présent ». Avec l'autorisation de justice la femme abandonnée pourra donc, pour établir un de ses enfants, disposer à titre gratuit de ses biens réservés, comme de ses autres biens communs. Pour tout ce qui concerne ses enfants, nous le verrons dans le chapitre suivant, la femme abandonnée peut s'adresser à l'autorité judiciaire.

CONCLUSION

Il n'est pas besoin de souligner le contraste qui oppose la femme ordinaire et celle qui exerce une profession quelconque. La situation patrimoniale de la femme abandonnée s'améliore sensiblement si elle travaille. Si elle ne travaille pas, le Code ne lui donne que des droits exceptionnels sur les biens du ménage; les lois postérieures, nous l'avons vu, lui permettent de placer à la caisse d'épargne et même d'avoir l'administration d'une partie du patrimoine commun, plus précisément d'une partie des salaires de son mari que la loi de 1907 l'autorise à saisir. Mais pour faire des placements à la caisse d'épargne, il lui faut de l'argent; pour saisir-arrêter les salaires de son mari il est indispensable qu'elle sache où est celui-ci, qu'elle puisse déterminer le tiers saisi, le patron.

Ces éléments malheureusement font trop souvent défaut. La jurisprudence, devant la volonté du législateur ignorant la séparation de fait, a été forcée, nous l'avons vu, de proclamer contre toute invraisemblance logique le maintien du mandat tacite pour les dépenses nécessaires. Elle en fait un véritable pouvoir de représentation légale, sanction de l'obligation incombant au mari de subvenir aux besoins de sa femme. Mais ce mandat tacite n'a plus

de mandat que le nom et ne peut, malgré l'extension que lui accordent les tribunaux, englober tous les actes qu'effectue une femme abandonnée.

Ceux qui restent en dehors de ces limites sont donc validés par l'action de *in rem verso* ou le rejet de la nullité. Malgré ses efforts, la jurisprudence n'a pu créer sur les principes légaux d'incapacité de la femme et de prépondérance, d'unité d'administration du mari, un système viable. La femme abandonnée ne jouira d'aucun crédit car les tiers ne sont pas protégés. Il est bien rare qu'elle puisse passer des actes quels qu'ils soient, autrement qu'au comptant.

Si au contraire elle exerce une profession quelconque, elle jouit d'une capacité presque totale sur son pécule réservé et en outre, si elle est commerçante et contracte dans l'intérêt de son négoce, sur tous ses biens comme sur tous ceux de son mari. Enfin, elle a un véritable droit propre légal pour les dépenses nécessaires à la subsistance de la famille. Elle partage en effet avec le mari, le droit d'engager par ses dépenses tous les biens du ménage (article 3 de la loi de 1907).

La femme abandonnée qui travaille a donc une situation beaucoup plus favorable parce que sa capacité de droit commun, en dehors même de l'hypothèse d'abandon, est à peu près complète; l'abandon la modifie très peu, car le besoin ne s'en fait pas sentir : la capacité accordée à la femme, sans la rendre indépendante des circonstances de fait, l'aide cependant à s'y adapter.

TROISIÈME PARTIE

La Femme et ses enfants

La puissance paternelle est, on le sait, l'ensemble des pouvoirs que la loi donne aux parents sur la personne et éventuellement sur les biens de leurs enfants. L'article 272 l'attribue « conjointement au père et à la mère », mais l'article suivant ajoute « le père seul exerce cette autorité pendant le mariage. »

En en réservant l'exercice à un seul, le Code a prétendu éviter les discussions et les conflits entre parents, il a voulu empêcher l'intervention trop fréquente de l'autorité judiciaire pour arbitrer ses différends¹. L'autorité maternelle est en quelque sorte un sommeil : c'est le mari seul qui a la garde des enfants, qui est chargé de leur éducation : la mère, théoriquement du moins, ne peut sur ce terrain s'opposer à la volonté de son mari.

Bien plus, le mari ne peut même pas s'engager solennellement, au moment de son mariage par exemple, à donner à ses enfants à naître, telle ou telle religion, telle ou telle

1. Cour de Paris, 3 janvier 1917, D. 1917.2.37.

forme d'éducation. Nous n'avons pas trouvé dans la jurisprudence de cas où de tels engagements avaient été insérés dans un contrat de mariage mais des promesses verbales de ce genre sont assez fréquentes. Les tribunaux n'hésitent pas à les annuler comme renonciation partielle à la puissance paternelle (donc expressément prohibées par l'article 1388)¹.

Malgré sa promesse parfois même son serment, le père pourra donc former à sa guise l'âme de ses enfants sans que la mère puisse s'y opposer. La doctrine l'admet en grosse majorité². M. Planiol cependant³ plaide, avec raison, la validité de ces engagements.

De même, le père possède seul le droit de correction; dans certains cas il doit pour en user, se munir de l'autorisation du président du Tribunal, l'opinion de la femme par contre, n'est jamais requise; ceci nous paraît particulièrement inique. Elle ne l'est pas davantage en cas d'émancipation, enfin si les enfants possèdent un patrimoine, c'est au père que sont dévolus les droits d'administration et de jouissance légale.

Ainsi donc, dire que l'autorité de la mère est en sommeil est à peine assez fort : la mère, il est vrai, exerce certains droits, mais ils sont exceptionnels et leur liste, nous allons le voir, n'est pas longue.

L'avis de la mère était jusqu'en 1927 sans influence

1. Nîmes, 12 mai 1886, *Pandectes* 86.2.292; Marseille, 7 février 1891. *La Loi*, 20 février 1891.

2. Duranton, t. XIV, n° 24; Demolombe, t. VI, b° 295; Toullier, t. V, p. 19; Troplong, t. I, n° 61; Aubry et Rau, t. V, n° 504, p. 266; Laurent, t. IV, n° 294; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 26. *Contra*, Rodière et Pont, t. I, n° 63.

3. T. I, n° 1646.

sur le projet de mariage de ses enfants. Ceux-ci avaient l'obligation de lui demander son consentement, mais l'avis du père était sur ce point prépondérant : la loi de 1927 a rétabli l'équilibre, en disposant que le dissentiment des parents valait consentement au mariage. Ainsi, l'avis de la mère a, sur ce point, la même force que celui du père, elle a voix délibérative et non plus seulement consultative.

En second lieu, le consentement de la mère est indispensable à l'enfant mineur adopté. De plus, elle partage avec le Ministère public et les parents jusqu'au 4^e degré, le droit de demander la déchéance paternelle; en fait c'est elle qui est la plus qualifiée pour le faire.

En ce qui concerne le patrimoine que peuvent posséder ses enfants, la mère n'a que des prérogatives exceptionnelles; l'art. 935 l'autorise à accepter une donation pour un de ses enfants et ce, malgré le refus du père. De plus, un tiers peut faire une libéralité à un mineur sous condition que son objet sera géré par la mère : celle-ci en aura parfaitement le droit. Mais à part cette dérogation exceptionnelle, c'est au mari seul qu'appartiennent l'administration et la jouissance légales.

A cette dernière est rattachée à tort, par l'article 385, l'obligation d'entretien. Celle-ci est une charge personnelle des parents et non pas la contrepartie d'un droit de jouissance qui n'existe d'ailleurs que rarement, elle dérive de la filiation et non pas du mariage comme le déclare à tort l'art. 203 ainsi conçu : « Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir... etc. leurs enfants ».

Cette obligation est une charge du ménage, elle pèse pour la totalité sur l'un et l'autre des parents mais sans solidarité; par conséquent elle est acquittée ordinairement par la communauté, ou sous le régime dotal par le mari et en cas de séparation de biens, conjointement par le père et la mère; mais en cas d'insolvabilité du mari, la femme peut être contrainte pour le tout.

Telle est dans l'hypothèse normale, c'est-à-dire la vie commune, la situation de la femme à l'égard de ses enfants. Mais survient l'abandon : le mari déserte le foyer familial, il laisse le plus souvent la charge des enfants à sa femme; parfois cependant il les entraîne avec lui : ou bien ses traitements intolérables amènent la femme à le fuir : elle part alors avec ses enfants pour ne pas les quitter.

Quelle influence le bouleversement de la situation de fait a-t-elle sur la situation juridique. Nous allons répondre à cette question, d'abord en ce qui concerne les droits de la mère sur ses enfants, puis en ce qui concerne les obligations, spécialement l'obligation d'entretien.

CHAPITRE PREMIER

SES DROITS

Le principe est que la séparation de fait ne change rien. Selon les termes mêmes d'un arrêt de la Cour de Paris du 20 mai 1898¹ « la loi confère au père seul l'autorité paternelle, et celui-ci en a l'exercice exclusif aussi longtemps que dure le mariage, il n'en peut être privé que dans des cas limitativement prévus par la loi ». Or, nous l'avons vu, la loi ignore la séparation de fait, celle-ci n'empêche pas le mariage de subsister, par conséquent il en est de même de l'exercice de la puissance paternelle par le mari².

C'est l'opinion de la jurisprudence³. Il semble donc que la femme n'ait qu'un moyen pour posséder quelque droit sur ses enfants, le seul moyen auquel la poussent, l'acculent les institutions juridiques : anéantir son mariage en demandant le divorce ou la séparation de corps.

Il est parfaitement inutile de proclamer ici une fois de plus les déplorables inconvénients du divorce pour les enfants⁴. Dans les hypothèses où la rupture de la vie

1. D. 99.2.247.

2. MM. Colin et Capitant, t. I, n° 466 et Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 972, semblent cependant d'un avis contraire.

3. Tribunal d'Orléans, 12 août 1897, D. 99.2.60; Cour de Paris, 20 mai 1898 précité; Cour de Paris, 3 janvier 1917, D. 1917.2.37.

4. Voir *Le divorce et l'enfant*, par M. Rouast (Congrès de l'Association du Mariage chrétien, 1928).

conjugale est due à la femme, il n'est certes pas question de réclamer pour elle l'exercice de la puissance paternelle, mais en cas d'abandon de la part du mari, le maintien entre ses mains de cet exercice exclusif ne peut se justifier.

Il est normalement confié par la loi au père seul, parce que la vie commune l'exige, parce que dans un ménage, pour l'éducation des enfants au sens large du mot comme pour tout ce qui intéresse la vie de la famille, il faut un chef, parce qu'attribuer au père et à la mère les mêmes pouvoirs serait la source inévitable de tiraillements, de dissentiments regrettables.

Mais quand le foyer n'est plus un, l'exclusivité de l'exercice de ses droits n'a plus raison d'être. Elle est née des nécessités de la vie commune; quand le mari a brisé celle-ci, quand par sa faute il l'a rendue impossible, il n'a aucune raison équitable de conserver celle-là.

Ou bien il en abuse, c'est le cas d'un père qui empêche sa femme de voir ses enfants, pour la forcer à divorcer ou à payer son droit de visite¹. Ou bien il l'exerce mal, il a conservé ses enfants avec lui, mais il ne les élève pas, ne remplit pas ses devoirs de père. Ou bien enfin, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, il a abandonné ses enfants avec elle : il a seul l'exercice des pouvoirs paternels et cependant il ne les exerce pas du tout : la mère a la charge, la responsabilité de ses enfants, sans avoir sur eux les pouvoirs équivalents.

Si elle ne veut pas briser son mariage par le divorce ou la séparation de corps, il semble qu'elle n'ait qu'une res-

1. Cour de Paris, 8 février.1912, D. 1912.2.1873.

source : s'adresser aux tribunaux. Mais ceux-ci peuvent-ils intervenir ?

Le Code est absolument muet à ce sujet, mais il semble *a priori* que la puissance paternelle étant une prérogative d'ordre public, exclusivement réservée au père, et exceptionnellement à la mère, l'autorité judiciaire n'a pas à en connaître. Cependant, nous l'avons dit, aucun pouvoir juridique ne doit être discrétionnaire et arbitraire. Nous allons retracer rapidement l'histoire de l'intervention judiciaire dans ce domaine.

Malgré le mutisme de la loi, les tribunaux s'arrogèrent un droit de contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle. Ils le puisèrent « dans les règles générales du droit naturel et du droit social concernant la fonction de haute tutelle dévolue à la justice pour assurer aux enfants la protection que leur doit la puissance publique quand ceux qui, de par l'organisation légale de la famille, ont la mission primordiale et solidaire de la leur accorder, ont cessé de s'entendre sur les conditions de cette protection et que le sort de l'enfant peut courir un véritable péril¹ ». La Cour de cassation admit à plusieurs reprises cette intervention². Mais n'allait-elle pas se trouver en opposition flagrante avec l'institution de la déchéance paternelle ?

Celle-ci était déjà prévue par quelques textes, en particulier les articles 29 (prononçant l'interdiction légale),

1. Motifs du jugement du Tribunal de la Seine en date du 5 avril 1911 (confirmé par l'arrêt de la Cour de Paris, 8 février 1912 précité) rappelant l'ancienne jurisprudence.

2. Req., 15 avril 1864, D. 1864.1.301; Req. 27 janvier 1879, D. 1879.1.223; Cour de Lyon, 23 juillet 1886, S. 1888.2.35.

334 et 335 du Code pénal; de plus, une loi du 7 décembre 1874 créa certains délits assortis de la déchéance de la puissance paternelle.

Néanmoins c'est la loi du 24 juillet 1889 qui vint constituer le droit commun de cette matière.

Elle établissait deux sortes de déchéances, l'une légale et de plein droit, l'autre, judiciaire : la première, peine s'ajoutant à certaines condamnations énumérées dans l'article premier de la loi : la seconde, facultative, prononcée par la justice dans divers cas du domaine du droit pénal auxquels la loi de 1924 ajoutera l'abandon de famille, et, termine l'article 2, « en dehors de toute condamnation, quand les père et mère par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent soit la sécurité, soit la santé, soit la moralité de leurs enfants... »

La jurisprudence antérieure qui autorisait l'intervention des tribunaux, était-elle compatible avec les dispositions de cette nouvelle loi?

Une grosse partie de la doctrine¹ ne le pensa pas et déclara : 1° que l'autorité judiciaire ne pouvait plus prononcer que la déchéance totale; 2° qu'elle ne pouvait plus intervenir que dans les cas prévus par la loi nouvelle. Ainsi donc, en ce qui concerne le premier point, il ne lui était plus possible de priver le père de certains droits sur ses enfants et de lui conserver les autres, en particulier de détacher le droit de garde des autres attributs de la puis-

1. Huc, t. III, n° 214 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, t. V, n° 222; Taudière (*Traité de la puissance paternelle*), p. 423; De Loynes, notes D. 90.2.25 et 94.2.393. *Contra*, Beudant, p. 351; Planiol, t. I, n° 1749.

sance paternelle. Cette opinion s'appuyait sur les travaux préparatoires de la loi¹. En effet, le projet primitif soumis à la Chambre portait les mots : « Art. 2. Peuvent être déchus de tout ou partie de ces mêmes droits (de puissance paternelle). » Après avis du Conseil d'Etat qui déclara que la déchéance devait être totale, la formule préliminaire de l'article 2 devint « peuvent être déclarés déchus des mêmes droits... 2 ». La jurisprudence³ suivit presque généralement la doctrine sur ce point.

En second lieu, nous l'avons vu, les mêmes auteurs restreignaient la possibilité d'intervention des tribunaux aux cas prévus par la loi de 1889. Or, celle-ci avait un domaine assez limité : elle ne prévoyait pas, ne pouvait pas prévoir des hypothèses nombreuses qui n'entraînent aucune réelle déconsidération pour les parents et qui par conséquent ne sauraient motiver l'instance infamante que constitue l'action en déchéance, mais qui, impliquant cependant des conflits graves et pernicieux tant pour la vie du foyer que pour la santé physique ou morale des enfants, nécessitaient une solution.

La loi ne parlait que de l'ivrognerie, de l'inconduite et des mauvais traitements. Or, la jurisprudence antérieure intervenait dans beaucoup d'autres cas : mauvais exemples, manque de soins, mauvaise éducation.

1. Voir le rapport de M. Courcelle Seneuil à la Chambre (*J. O.*, Doc. parl., 1888, p. 107) et l'exposé des motifs, *loc. cit.*, p. 706.

2. Un amendement rétablissant la formule primitive fut rejeté par l'Assemblée.

3. Cass., 38 juillet 1891, D. 1892.1.70; Cour de Paris, 15 décembre 1898, D. 1899.2.57; Cour de Lyon, 23 janvier 1907, D. 1908.2.73. A signaler cependant, la jurisprudence contraire du Tribunal de la Seine, 6 août 1890, *Le Droit*, 11 août 1890, 29 août 1890 et 20 octobre 1890.

Quelle fut, sur ce second point, l'opinion de la jurisprudence ?

Les tribunaux, en majorité, prétendirent conserver le droit d'intervenir même en dehors des cas prévus par la loi de 1889¹.

En réalité la loi de 1889 n'a nullement établi l'indivisibilité de la puissance paternelle : elle n'a pas davantage enlevé aux tribunaux leur pouvoir de contrôle en dehors des cas prévus par elle.

1° Si elle a édicté que, dans les cas qui constituent son domaine, la déchéance ne saurait être partielle, elle n'a pas pour cela imprimé ce caractère d'indivisibilité à la puissance paternelle : cela serait contraire à la nature de celle-ci qui, formée d'un faisceau de droits de but et d'objets variés, est essentiellement divisible.

D'ailleurs toute cette discussion sur l'indivisibilité de la puissance paternelle et de sa déchéance n'a plus qu'un intérêt historique depuis que la loi du 15 nov. 1921 modifiant celle de 1889, a expressément autorisé la déchéance partielle. Art. 2 « peuvent être déchus des mêmes droits ou peuvent être privés de tout ou partie de leurs droits de puissance paternelle à l'égard de l'un ou de quelques-uns de leurs enfants... » Le législateur, d'ailleurs, avait créé avant 1921 des déchéances partielles (art. 4 et 5 de la loi du 19 avril 1898, art. 5 de la loi du 11 avril 1908, article unique de la loi du 6 avril 1910) mais ce n'était là que mesure particulière et non modification de la loi

1. Civ., 28 juillet 1891, D. 92.1.70; Cour de Paris, 24 juin 1892, D. 1893.2. 81; Bordeaux, 17 février 1897, D. 98.2.197.

essentielle considérée comme la charte de la déchéance de la puissance paternelle.

Ainsi donc, les tribunaux, s'ils veulent protéger les enfants contre leur père, ne sont nullement obligés de prononcer la déchéance complète. Ils peuvent parfaitement retirer à celui-ci tout ou partie de ses droits paternels, en particulier le droit de garde¹.

2° Mais peuvent-ils intervenir librement ou doivent-ils limiter leurs pouvoirs aux cas prévus par la loi ?

Cette deuxième question, elle aussi, a beaucoup perdu de son importance depuis les modifications qu'a apportées la loi de 1921, à celle de 1889; elle complète la formule ainsi « Art. 2 : peuvent être déchus 6° en dehors de toute condamnation les pères et mères qui compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire (non plus, remarquons-le, leur inconduite notoire scandaleuse), par un défaut de soins ou un manque de direction nécessaire, soit la santé ... etc ».

Défaut de soins, manque de direction nécessaire, voilà qui élargit les pouvoirs des tribunaux au point de permettre leur exercice dans tous les cas nécessaires. « Cela revient à dire que leur intervention est autorisée toutes les fois que les parents ne remplissent pas ou remplissent mal leur rôle d'éducateur². »

Le pouvoir de contrôle de l'autorité judiciaire sur l'autorité paternelle ne fait donc point de doute; mais l'extension du domaine de la déchéance paternelle n'était pas

1 et 2. M. Rouast, *Revue trim. de droit civil*, 1922, p. 236 et suiv.

nécessaire pour conférer aux tribunaux ce pouvoir d'intervention dans quelque cas que ce soit. Ce droit de contrôle en effet doit être distingué de la déchéance elle-même¹. Il ne se limite pas à celle-ci qui ne prévoit nullement tous les abus possibles de la puissance paternelle. Les tribunaux peuvent parfaitement empêcher ceux-ci sans pour cela enlever aux parents aucun des attributs de leur puissance paternelle². La Cour de Bordeaux, à la veille de la loi de 1921 qui allait permettre la déchéance paternelle partielle, disait fort bien : « Si la déchéance est nécessairement totale au moment où elle est encourue, cette sévérité du législateur n'empêche pas les tribunaux d'intervenir pour réglementer l'usage de la puissance paternelle dans les cas où il n'y a pas lieu à déchéance³. »

Cette distinction présente une assez grosse importance : certes la possibilité pour l'autorité judiciaire d'intervenir en dehors du domaine de la déchéance est sans grand intérêt depuis que la loi de 1921 en a positivement supprimé les limites ; mais il n'en reste pas moins que bien souvent les juges useront de leur droit de contrôle plutôt que de la déchéance même partielle, même diluée, parce qu'ainsi la procédure exigée par cette dernière est inutile et que leur décision n'entraînera automatiquement aucune incapacité pour les parents.

1. Planiol, Ripert et Savatier, t. I, n° 385 ; Aubry et Rau, t. IX, p. 116. Notes Planiol, D. 1912.2.273 et Hugueney, S. 1914.2.200.

2. Civ., 28 juillet 1891, D. 1892.1.70 ; Req., 12 février 1894, D. 1894.1.218 ; Trib. Seine, 24 décembre 1910, D. 1911.5.19 ; Seine, 23 décembre 1926, D. 1927.2.96.

3. Arrêt du 18 juillet 1921, *Rec. de Bordeaux*, p. 221, p. 233. — Voir cependant en sens contraire, Trib. civ. de Vitry-le-François, 29 janvier 1931, *Gaz. Pal.* 1931.1.602.

Ainsi donc, la possibilité pour la femme abandonnée de s'adresser à l'autorité judiciaire pour tout ce qui intéresse les droits de puissance paternelle sur ses enfants est indéniable. Celle-ci, sur la demande de la femme et même d'office, en cas d'urgence par référé, pourra soit prendre des mesures provisoires pour protéger les intérêts des enfants, mesures qui n'enlèveront au père aucun de ses attributs de puissance paternelle, soit prononcer la déchéance de celui-ci; le fait d'abandonner ses enfants est en effet « un défaut de soins, un manque de direction » flagrants. Cette déchéance, nous l'avons vu, pourra parfaitement être partielle et s'étendre à certains droits seulement, le droit de garde par exemple.

En un mot, les tribunaux auront toute liberté pour prendre à l'égard des enfants toutes mesures qu'ils jugeront utiles. Ces droits dont sera déchu le père ne seront pas forcément attribués à la mère, comme cela se produit de droit commun lorsque pour une cause quelconque le père cesse d'exercer la puissance paternelle : l'article 9 de la loi de 1889 dispose que le tribunal, après avoir prononcé la déchéance du père, « statue par le même jugement sur les droits de la mère » : cette mesure est justifiée par l'autorité que le père possède sur sa femme. Dans beaucoup de cas, la déchéance ne sera qu'une précaution illusoire si le mari, usant de son ascendant sur son épouse, conserve par son intermédiaire ses pouvoirs sur ses enfants. Il pourra tout à son aise continuer à leur égard ses mauvais traitements; tout comme auparavant ses enfants subiront son influence néfaste. Mais cela n'est vrai, n'est possible que dans l'hypothèse où le père et la mère habi-

tent ensemble avec leurs enfants; dans le cas de séparation plus particulièrement d'abandon, cet argument contre l'attribution à la mère des droits de puissance paternelle s'effondre. Si cependant le tribunal ne veut pas les donner à leur mère il pourra confier les enfants à des tiers, à une institution par exemple. Mais le plus souvent c'est à elle qu'ils seront attribués à moins qu'elle ne s'avère incapable de remplir convenablement cette mission, par exemple par son inconduite ou son indigence.

Tout cela concerne non seulement les droits sur la personne des enfants, c'est-à-dire le droit de garde et d'éducation, mais aussi les droits sur les biens : administration et jouissance légales. La déchéance de la jouissance légale du père ne paraissait pas possible de par la loi de 1889 qui ne songeait qu'au péril de la personne de l'enfant, non de son patrimoine : cependant ce droit de jouissance n'étant que la contre-partie des charges, en particulier de l'entretien des enfants, incombant au père, il semble que l'inexécution par lui de ses devoirs, doive entraîner la suppression de ce privilège de jouissance. Les tribunaux lui enlevaient simplement ses pouvoirs d'administration et les conféraient à un tiers qui, prélevant sur les revenus du patrimoine de l'enfant, les sommes nécessaires à son entretien, rendait compte du reliquat au père¹.

C'est la loi de 1921 qui a autorisé la déchéance de la jouissance légale dans les cas de défaut d'entretien compromettant la sécurité de l'enfant.

1. Req., 19 avril 1843, S. 1843.1.385; Cour de Limoges, 14 mai 1897, D. 1901.2.381; Cour de Lyon, 13 novembre 1894, D. 96.2.393.

CHAPITRE II

SES DEVOIRS

Nous en arrivons maintenant, à propos du devoir d'entretien, aux obligations qui incombent à la mère investie partiellement ou intégralement de la puissance paternelle. Nous venons de considérer ses prérogatives sous l'angle « droits » on peut tout aussi bien les étudier sous l'angle « devoirs », « obligations ».

Section I. Du devoir de la garde

Le droit de garde impliquera pour la mère, le devoir de surveiller l'enfant, de le retenir auprès d'elle, de l'éduquer (obligation assortie de sanctions pénales par la loi du 28 mars 1882). Ceci soulève deux questions : est-elle responsable des dommages causés par son enfant ? Quel est le domicile de celui-ci ?

Tout d'abord, en ce qui concerne la présomption de responsabilité des dommages causés par l'enfant, celle-ci incombera à la mère si elle est investie de la puissance paternelle, plus spécialement du droit de garde, il ne faut pas suivre aveuglément en effet la formule de l'arti-

de 1384 qui déclare « le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables » Cette présomption est basée sur une faiblesse supposée dans l'exécution du devoir de surveillance qui incombe à celui qui est investi du droit de garde. Il est donc normal qu'elle s'applique à qui est investi de ce droit, c'est-à-dire à la mère non seulement en cas de décès du père, mais quand il est déchu, interdit, absent et dans toutes hypothèses où elle a la garde de l'enfant.

Si la femme abandonnée avec ses enfants n'a pas demandé au tribunal l'attribution de droits sur eux, il nous semble que la responsabilité devrait peser sur le père. Evidemment l'enfant n'est pas « habitant » avec lui, mais c'est par la faute du père, titulaire du droit de garde que cette condition n'est pas remplie. Il ne saurait donc en invoquer l'absence; sauf à rendre la mère responsable si elle a commis une faute dans la surveillance qu'elle a assumée.

Quant à la détermination du domicile légal de l'enfant la loi dispose (art. 108) : « Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère. » Elle suppose donc que ceux-ci ont un domicile unique. Dans le cas contraire (divorce par exemple) on retombe dans le droit commun, le domicile de l'enfant est au lieu de son principal établissement c'est-à-dire chez celui qui a sur lui le droit de garde et qui en même temps, s'il n'en est autrement ordonné, a aussi le droit d'administration légale (art. 389, al. 3)¹. Mais,

1. *Contra*, cependant un arrêt de la Cour de Rennes, 20 février 1913, S. 1913.2.202, déclarant que l'enfant avait son domicile chez son père titulaire de la puissance paternelle, quoique sa mère fut à la fois gardienne de son enfant et chargée de l'administration de ses biens. Dans le même sens, Angers, 5 mai 1885, S. 1886.2.15. Voir en sens contraire, Paris, 21 novembre 1902, S. 1907.2.13.

nous l'avons vu, en cas de séparation de fait, d'abandon, le domicile du mari reste celui de la femme ; il en sera donc de même de celui des enfants dont elle aura la puissance paternelle. C'est du moins la solution qu'exige la fidélité aux principes légaux : elle est du reste en contradiction avec l'article premier de la loi de 1889 qui fait perdre aux parents déchus de la puissance paternelle le droit de donner leur domicile à leurs enfants.

Ce n'est donc pas en nous appuyant sur cette loi mais au nom de la logique et de nécessités pratiques inéluctables que nous prétendons reconnaître pour domicile des enfants dont leur mère est gardienne, la résidence de celle-ci, résidence qui, elle-même, doit constituer le domicile de la femme abandonnée. Mais, nous l'avons dit, cette modification ne peut venir que du législateur : l'indétermination du domicile des enfants abandonnés avec leur mère est une raison de plus d'espérer le succès de la réforme préconisée sur ce point par la Société d'études législatives¹.

Section II.

Des devoirs sur les biens.

Le devoir de garde au sens général du mot n'est pas le seul qui puisse incomber à la femme abandonnée, investie de la puissance paternelle. Elle aussi a des devoirs sur le patrimoine que possèdent ses enfants.

Reconnaissons cependant que cette hypothèse est assez rare, surtout dans les milieux où, nous n'avons dit, sévit

1. Voir plus loin, page 177 et 178.

particulièrement l'abandon. La femme chargée de l'administration de ce patrimoine aura toutes les obligations d'un administrateur : obligation de gérer en bon père de famille avec responsabilité d'un mandataire non salarié, etc. (voir art. 389).

Enfin, la femme peut bénéficier du droit de jouissance légale qui, remarquons-le, est indépendant de l'administration légale. C'est un usufruit légal dont l'article 385 détermine les charges. Celles-ci, sont, outre les charges d'usufruit ordinaires, les paiements des arrérages, les frais funéraires et de dernière maladie et surtout « la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune » ces trois mots tiennent en un seul : l'entretien.

Section III. Du devoir d'entretien

Ainsi donc, le droit de l'usufruitier ne porte que sur l'excédent des revenus de l'enfant par rapport aux dépenses nécessaires à son entretien. Mais l'obligation d'entretien n'est pas une charge de la jouissance légale comme semble l'indiquer l'article 385. Il y a en réalité deux obligations différentes : l'obligation, dérivée de l'usufruit légal, de consacrer les revenus de cet usufruit à subvenir à l'entretien de l'enfant, et l'obligation même d'entretien, charge personnelle des parents. Cette charge est indépendante de la puissance paternelle; le père qui sera privé de celle-ci, spécialement du droit de garde, n'aura plus il est vrai à prodiguer à ses enfants des soins personnels, mais il reste tenu de l'obligation d'aliments.

L'article 203 rattache peut-être à tort cette obligation d'entretien au mariage alors qu'elle dérive, nous l'avons dit, de la filiation, mais il montre bien ainsi qu'elle est une charge du ménage¹.

Tout d'abord, il n'est pas discutable que la femme peut exiger du mari une pension pour subvenir à l'entretien de leurs enfants communs, de même que, nous l'avons vu, elle peut faire condamner le mari à lui en fournir pour ses besoins personnels : le non-paiement de l'une comme de l'autre constitue au bout de trois mois le délit d'abandon de famille (loi du 7 fév. 1924). Mais ces deux pensions sont indépendantes l'une de l'autre. Elles correspondent à deux obligations différentes, nées, la seconde du devoir de secours entre époux de l'article 214, la première, du devoir imposé aux parents « de nourrir, entretenir, élever leurs enfants » (art. 203).

Aussi l'une peut-elle parfaitement exister sans l'autre ; en particulier, dans une hypothèse d'abandon par la faute de la femme, celle-ci ne peut, nous l'avons vu, faire condamner son mari à lui verser une pension aux termes de l'article 214. Mais si un ou plusieurs enfants vivent avec elle et sont à sa charge, elle peut l'obliger à subvenir aux besoins de ceux-ci² ; ils sont en effet parfaitement irresponsables de la conduite de leur mère. On peut même supposer le cas d'une femme qui, ayant abandonné son mari, est condamnée à lui verser une pension tandis que celui-ci doit

1. Cour de Paris, 7 décembre 1907, D. 1908.2.209 ; S. 1909.2.129 et note de M. Wahl.

2. Cour de Besançon, 15 juillet 1874, D. 1874.2.219 ; Cour de Dijon, 4 février 1888, D. 1889.2.243.

de son côté remettre à sa femme sa contribution à l'entretien de leur enfant vivant avec elle. Cette éventualité, évidemment bien rare en cas de séparation de fait, est beaucoup plus plausible en cas de divorce. Nous pourrions donc répéter ici tout ce que nous avons dit plus haut. La présomption de mandat tacite s'étend aux actes ménagers nécessaires aussi bien à l'entretien des enfants que de celui de la femme, et il faut naturellement prendre le mot « entretien » dans un sens très large.

S'il ne participe pas selon ses moyens à l'entretien de ses enfants, la mère, outre la privation de ses droits de puissance paternelle (à supposer qu'il n'en soit pas encore déchu), pourra demander contre lui toutes les mesures d'exécution, spécialement la saisie-arrêt sur ses salaires selon la procédure expéditive de l'article 7 de la loi de 1907¹.

La mère peut agir contre lui en son nom ou en tant que représentant son enfant. « La femme, déclare la Cour de Paris le 7 décembre 1907 (précité, D. 1908.2.09), qui pourvoit seule à l'entretien d'un enfant commun est fondée à réclamer à son mari non seulement sa part contributive des frais qu'elle a déjà faits en vue de cet entretien, mais encore pour l'avenir d'une pension payable d'avance et par mensualités. » Ceci cependant appelle discussion.

S'il est admis que la femme peut parfaitement exiger

1. Rappelons une fois de plus qu'en dépit de la mauvaise rédaction de la rubrique de la loi, la disposition de cet article 7 est générale, elle peut être invoquée par des femmes qui n'exercent aucun métier même séparées de fait (Civ., 1^{er} février 1909, S. 1909.1.209, note M. Tissier). C'est à tort que M. Wahl soutint (note sous S. 1909.2.129) que la femme ne peut user de la procédure expéditive de la loi de 1907 pour forcer le mari à subvenir aux besoins de ses enfants.

de son mari qu'il contribue aux dépenses futures qui seront nécessaires à l'entretien de leurs enfants, il est beaucoup moins certain qu'elle puisse, comme le prétend l'arrêt ci-dessus, réclamer au mari sa part dans les dépenses déjà faites.

Contrairement à ce que soutenaient autrefois certains auteurs¹ la femme peut comme le mari être actionnée pour le tout en remboursement des frais d'entretien de ses enfants². Mais cette obligation pour le tout est sans solidarité, donc sans recours possible, de celui qui s'en est acquitté contre l'autre. C'est du moins ce qu'ont déclaré la Cour de cassation et plus récemment la cour de Nancy³.

Cette absence de recours semble contraire à la logique et à l'équité, en tout cas peu compatible avec les solutions précédentes. Elle provient d'une assimilation de l'obligation d'entretien à une dette alimentaire ordinaire. Or ce rapprochement ne devrait pas être trop étroit car il subsiste entre ces deux obligations des différences sensibles.

Dans le devoir d'entretien, l'obligation d'aliment se double de celle de fournir à l'enfant des soins personnels, et de lui procurer l'éducation nécessaire.

L'obligation d'entretien est unilatérale alors que la dette alimentaire est réciproque; enfin celle-ci dure toute la vie alors que celle-la cesse à la majorité des enfants.

Ou bien on considère l'obligation d'entretien comme une obligation alimentaire ordinaire (Cour de cassation

1. Demolombe, t. III, n° 4; Laurent, t. III, n° 43.

2. Civ., 21 mai 1890, D. 1891.1.339 et note De Loynes, Civ., 6 août 1894, D. 1895.1.199.

3. Civ., 6 août 1894, D. 95.1.1899; Cour de Nancy, 18 décembre 1919, D. 1920.2.101.

et cour de Nancy précitées) : en ce cas il n'y a pas une obligation unique incombant aux parents, mais deux obligations distinctes pour le tout¹ : une à la charge de la mère, l'autre à la charge du père. L'enfant par l'intermédiaire de sa mère peut exiger une pension de son père pour les dépenses futures, mais la femme elle-même n'a aucunement la possibilité de poursuivre son mari de quelque façon que ce soit : elle ne peut demander contre lui la moindre mesure d'exécution; elle n'a aucun recours contre lui pour les dépenses passées qu'elle a réglées elle-même. Elle ne peut agir contre lui par l'action de gestion d'affaires, car elle n'a pas rempli l'obligation du mari mais strictement la sienne; l'action de *in rem verso* ne lui est pas davantage ouverte pour la même raison : elle a enrichi son mari, c'est vrai, mais en exécutant sa propre obligation, donc elle ne s'est pas appauvrie. Elle a simplement le droit fort illusoire souvent de demander aux créanciers qui l'attaquent de diriger aussi leur demande contre son mari.

Ou bien on considère l'entretien des enfants comme une charge du ménage (Cour de Paris, 7 décembre 1907 précité), comme semble le faire le Code qui le range dans les obligations nées du mariage (l'article 203 est en effet le premier article du chapitre V (titre V) intitulé : « Des obligations nées du mariage »). En ce cas la femme a indéniablement un recours contre son mari, car les époux doivent contribuer chacun dans la mesure de leurs moyens aux charges du ménage. Elle peut user contre lui de la saisie-

1. Cass., 2 février 1929, D. 1929.1.137.

arrêt comme de toute autre mesure d'exécution ; si elle a payé les dépenses d'entretien de ses enfants, elle peut exiger de lui qu'il la rembourse au moins en partie.

Cette seconde solution nous paraît juridiquement et logiquement plus forte que la première : elle est en outre plus favorable à la femme.

Mais nous avons vu que la jurisprudence ne se déclarait fermement ni pour l'une ni pour l'autre de ces solutions. Elle semble considérer à juste titre l'entretien des enfants comme une charge du ménage, cela ne l'empêche pas cependant d'en faire une obligation alimentaire en refusant à la femme un recours contre son mari pour les dépenses passées réglées par elle ; décision contraire à la logique et à l'équité.

CONCLUSION

Il peut sembler que c'est en l'envisageant à l'égard de ses enfants que la situation de la femme abandonnée est la moins défavorable : certes elle peut s'appuyer sur l'autorité judiciaire pour obtenir l'exercice de ses droits sur ses enfants, pour éviter qu'ils ne souffrent par trop de l'abandon de leur père, de son inconduite, de son déplorable exemple ; elle peut le faire condamner par les tribunaux à verser une pension d'entretien à ses enfants. Mais cette dernière faculté est trop souvent absolument illusoire, nous l'avons vu, pour la pension à laquelle elle-même a droit.

Le Code a beau considérer les dépenses d'entretien des enfants comme une charge du ménage, celles-ci restent à la charge de la femme, si elle les a réglées elle-même : elle n'a plus de recours contre son mari qui dispose, peut-être, s'ils sont mariés sous le régime de communauté, de tous les biens communs. Il est vrai que dans bien des cas ce recours ne lui servirait à rien, car elle ignore où se trouve son époux.

CONCLUSION

Ainsi tout au long de cette étude, nous avons vu l'effort de la doctrine et surtout de la jurisprudence pour permettre à la femme abandonnée de vivre dans les cadres si rigides du mariage dont la loi ne veut pas la laisser sortir. La femme en souffre cruellement, la loi n'est pas respectée parce qu'elle ne peut pas l'être.

Les époux doivent cohabiter : or la loi est absolument impuissante à les y obliger : il est vrai que maintenir la vie commune par la force, la contrainte n'est pas une solution.

Le domicile de la femme est chez son mari ; or celui-ci après avoir déserté son foyer en a fondé un autre avec une concubine ; c'est là le domicile de la femme. Ou bien celle-ci a fui son mari parce que, dans la maison conjugale, la vie avec son mari n'était plus possible : elle est partie mais son domicile reste, et pourtant le domicile est un lien juridique auquel s'attachent des intérêts essentiels, nous le savons.

Théoriquement la femme a des moyens de contraindre son mari à accomplir son devoir de secours : condamnation à une pension assortie de voies d'exécution simplifiées, délit d'abandon de famille. Mais outre qu'elle répugne, nous l'avons dit, à s'adresser aux tribunaux, les circons-

tances de fait rendent trop souvent ces moyens de contrainte illusoires.

La femme est incapable à l'égard des tiers. Outre qu'elle constitue un vestige de l'idée d'*imbecillitas sexus* cette incapacité laisse le champ libre à la prépondérance du mari dans le ménage. Cette infériorité peut soulever à juste titre de nombreuses critiques. Du moins a-t-elle une raison d'être en cas d'une vie commune ; mais elle devient parfaitement inadmissible quand les époux ne vivent plus ensemble.

Rien, absolument rien ne peut la justifier. Cependant la loi fait fi de cette situation ; malheureusement, la femme qui en est victime ne peut avoir la même attitude devant les nécessités de l'existence. Il lui faut vivre et souvent faire vivre plusieurs enfants. Sans cesse elle accomplit des actes qui l'amènent à violer la loi : la jurisprudence est bien obligée de les valider.

Elle le fait au nom d'une autorisation irrégulière, d'une action de *in rem verso* insuffisante, d'un mandat logiquement révoqué, en fait d'un pouvoir légal illégal.

Les tribunaux, eux aussi, sont prisonniers de la loi, ils ne peuvent heurter de front ses principes intangibles : incapacité de la femme, prépondérance du mari ; si, en particulier sous le couvert du mandat, ils consacrent en fait un pouvoir propre de la femme, ils ne peuvent en tirer les conséquences indispensables.

C'est vers le législateur qu'il faut se tourner, ce ne peut être que par lui que la femme abandonnée verra sa situation améliorée. Il semble nécessaire de préconiser une organisation légale de la situation de la femme abandonnée, plus

généralement de la femme séparée de fait, situation si fréquente et que la loi persiste pourtant à vouloir ignorer. A quoi cela sert-il de maintenir dans de semblables hypothèses les liens du mariage ? Ils n'empêchent pas la séparation et ne constituent que des entraves.

Cette reconnaissance, certes, constituerait un progrès et ceci à plusieurs titres. Admettre la séparation de fait, l'organiser, en faire une situation viable contribuera sans aucun doute à diminuer le nombre de divorces. N'est-ce pas socialement un grand pas que de détourner les ménages désunis d'une mesure extrême et irrémédiable, en leur donnant la possibilité de vivre provisoirement chacun de leur côté, de reprendre leur liberté tout en ménageant l'avenir ?

Il peut sembler facile de rétorquer que le Code a répondu à cette nécessité en conservant auprès du divorce la séparation de corps, mais cela n'est pas exact : la séparation de corps est détournée de sa mission de transition, de voie de retour vers la réconciliation par deux graves défauts. Elle exige un procès, qui entraîne un débat judiciaire public avec son étalage d'accusations et de scandales et dresse davantage encore l'un contre l'autre les deux époux. Elle est convertible automatiquement en divorce au bout de trois ans, sur simple demande de l'un des conjoints ; la séparation de corps, loin d'être une situation d'attente, d'apaisement est un acheminement presque fatal vers la rupture définitive.

Pour ménager l'avenir, pour remplir cette mission dont a été détournée la séparation de corps, la séparation de fait « période de détente » semble toute qualifiée. En ce qui

concerne plus particulièrement notre sujet, que de femmes abandonnées par leur mari, par conséquent, nous l'avons vu, placées dans une situation que la loi rend aussi défavorable que possible au lieu de s'efforcer de la rendre viable, que de femmes abandonnées ne désirent qu'une chose : le retour de leur mari, la reprise de la vie commune, mais sont cependant forcées par la loi de détruire définitivement leur foyer, par ce que celle-ci ne leur donne que le divorce ou son antichambre la séparation de corps, pour tout moyen de se libérer de cette situation. Ne vaudrait-il pas mieux au lieu d'acculer la femme à tout briser la placer dans une situation qui l'aiderait à supporter son abandon et par là lui permettrait de reprendre, le cas échéant, la vie commune.

Enfin, dernier argument favorable à la validation des séparations de fait, argument qui semble décisif : malgré toutes les prohibitions la séparation de fait existe, autant la reconnaître.

Cependant les avantages indéniables de l'organisation de la séparation de fait ne doivent pas nous en cacher les graves inconvénients. Tout d'abord ce dernier argument « la loi doit reconnaître la séparation de fait car elle ne peut l'empêcher » est un aveu détestable d'impuissance qu'il est choquant d'admettre : le législateur chargé de régler les rapports des hommes vivant en société, ne peut faire abstraction des éléments de fait, du terrain sur lequel il travaille. Mais cela ne saurait l'obliger à valider tous les abus, les causes de désordre qu'il a justement mission de supprimer, de prévenir.

La prohibition de la séparation de fait n'empêche pas de nombreux époux de vivre chacun de leur côté : mais c'est

une situation difficile, illégale. La légaliser, l'organiser c'est risquer de la voir se multiplier. Justement parce qu'elle ne créera rien de définitif, qu'elle deviendra un état régulier, normal, qu'elle permettra un retour en arrière, chacun sera tenté à la moindre difficulté de reprendre sa liberté : les femmes, certaines de s'y trouver plus à l'aise, rompront trop facilement la vie commune. Quant aux femmes abandonnées elle-mêmes qui nous intéressent surtout ici, elles ne sont évidemment pas responsables de la rupture, mais peut-être ne feront-elles rien pour la faire cesser.

Enfin et peut-être surtout, ce relâchement possible du lien matrimonial développera encore cette détestable mentalité si répandue dans l'esprit de la jeunesse actuelle, particulièrement dans la bourgeoisie, et selon laquelle le mariage n'est pas considéré comme un acte grave : la possibilité d'une séparation consensuelle ne risque pas d'effacer cette déplorable idée.

C'est justement la validation des séparations consensuelles qui nous paraît le gros grief à faire à la reconnaissance de la séparation de fait. Elle mettrait le mariage au rang d'un simple contrat, alors que notre conviction est qu'il est tout autre chose. Certes il ne faut pas, comme le fait M. Bonnecase, bannir du mariage toute idée de contrat, pour n'y voir qu'une institution conditionnée par un acte juridique¹. Mais peut-être le mariage est-il plus qu'un contrat civil et solennel². MM. Planiol et Ripert y voient

1. *Rev. génér. de droit*, 1921, p. 960 et supplém. à Baudry-Lacantinerie t. IV, p. 658. Voir aussi Gounot, thèse, Dijon, 1912, p. 159 et Renard, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, 1925.

2. Colin et Capitant, p. 114.

« un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré¹ ».

Mais il nous semble que cette dernière définition ne met pas assez en relief la caractère institutionnel du mariage. « La seule conception qui corresponde à la réalité des choses est une conception mixte : le mariage est un acte complexe, à la fois contrat et institution.... » Il y a le mariage, acte createur de l'union conjugale, et le mariage état établi par cet acte. » (Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n° 69. Voir aussi Cuche, *Sem. soc.*, 1923.)

C'est ce caractère institutionnel du mariage qui nous paraît s'opposer à ce que la simple volonté des époux puisse les libérer des devoirs et des obligations qu'ils ont accepté d'assumer en se mariant².

Il est vrai que la séparation consensuelle et l'abandon sont deux situations d'origine différente; le sort de la femme abandonnée est presque toujours beaucoup plus intéressant que celui de la femme qui a accepté la séparation. Mais outre que la démarcation entre ces deux situations est très vague, celles-ci aboutissent au même résultat : la vie séparée des époux. Et il est bien facile de déguiser une séparation consensuelle en abandon.

Mais autre chose est de vouloir autoriser les époux à disposer à leur gré des devoirs du mariage, fondement de la société, autre chose est de préconiser de légaliser la séparation de fait en donnant au juge la possibilité de pro-

1. Planiol, 1935, t. I, n° 691.

2. M. Capitant écrit cependant : « On ne voit pas quel motif d'ordre public, s'oppose à la légalité d'une convention amiable de séparation. »

noncer les mesures nécessaires, tout au moins de modifier les décisions prises par les époux¹. La loi française ne ferait par là que suivre l'exemple de la législation italienne (art. 158, Code civil).

Cette réforme fort souhaitable permettrait à cette séparation de fait homologuée de remplir le rôle que ne peut remplir la séparation de corps.

Mais n'est-elle pas cependant trop étroite? Ne faut-il pas préconiser une réforme qui intéresse toutes les femmes et non pas seulement la femme séparée de fait. Pourquoi se borner à libérer les femmes abandonnées et non celles qui souvent rêvent de l'être? Pourquoi permettre seulement aux premières de rejoindre les femmes libres : célibataires, divorcées, séparées de corps, souvent moins intéressantes, socialement parlant, que les secondes?

Ne faut-il pas plutôt espérer une réforme générale de l'état juridique de la femme mariée, réforme qui donnera à la femme une capacité telle que sa qualité de femme mariée, quelles que soient les situations dans lesquelles elle se trouve, ne lui soit plus un boulet, une entrave, mais lui permette, spécialement en cas d'abandon, de vaincre les difficultés de l'existence au lieu de les accroître. C'est évidemment dans ces hypothèses exceptionnelles que la capacité générale accordée à la femme lui serait le plus utile. Pendant la vie commune, quand la bonne entente règne dans le ménage, les inconvénients de l'incapacité se font beaucoup moins sentir. Sa disparition, théoriquement réforme profonde, ne changerait pas grand chose prati-

1. Gounot, *Sem. soc. France*, 1927, p. 22.

quement dans les rapports entre les époux et même à l'égard des tiers. C'est en cas de désunion, de mésintelligence, que l'incapacité est une chaîne pour la femme mariée.

Ces essais de transformation de la situation de la femme mariée après de longs et infructueux efforts¹ sont entrés dans une phase active. Un projet de loi préparé par une commission extraparlamentaire constituée au ministère de la Justice a été déposé le 23 juin 1932 sur le bureau du Sénat² qui l'a renvoyé à la commission de législation civile et criminelle.

Ce projet³ bouleverse de fond en comble la situation de la femme mariée. Son article I abolit totalement son incapacité, la puissance maritale est supprimée, tout au plus le mari pourra-t-il demander au tribunal de restreindre dans une certaine mesure, si l'intérêt du ménage l'exige, la capacité de la femme. De plus il conserve la puissance paternelle et détermine le domicile commun. Cependant il en est autrement si la femme exerce un commerce ou une profession. Elle peut avoir dans ce cas un domicile unique, distinct de celui du mari. Le projet modifie en effet l'article 108 en ces termes « La femme mariée ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari, sauf si elle exerce un commerce séparé ou une profession distincte. »

1. Voir en particulier la proposition de M. Beauquier : restreinte par la Commission de la Chambre à la femme non commune et votée par la Chambre, le 5 avril 1910. Le Sénat ne s'en est jamais saisi. (Doc. parl., 1908, n° 1753). Voir également la proposition discutée à la Soc. d'Et. législatives, *Bull.*, 1922, p. 204.

2. Doc. parl., Sénat, n° 594, 1932, p. 247.

3. Capitant, *D. H.*, 1932, p. 99; Nast, *Répert. prat. du notariat*, 1934, p. 1; Ancel, *Ann. inst. droit comparé*, t. I, 1934, p. 145; Voirin, *D. H.*, 1934, p. 65.

Puis les articles 2, 3 et 4 du projet modifient les régimes matrimoniaux. La communauté n'est plus qu'un régime conventionnel, elle est remplacée en tant que régime légal par la participation aux acquêts.

Pendant toute sa durée, ce régime se rapproche de la séparation de biens sans toutefois s'identifier avec elle puisque l'un comme l'autre des époux peut demander cette dernière. Chacun conserve la propriété comme l'administration de ses biens et économies, et contribue aux charges communes; cependant pas de donation possible sans le consentement du conjoint qui pourra également s'opposer à tel ou tel acte onéreux que veut passer l'autre sur ses biens.

Ces mesures comme la possibilité de réclamer la séparation de biens se justifient par le fait qu'à la dissolution de ce régime s'ouvre le partage des acquêts mis en commun, c'est-à-dire tant des produits de l'industrie des époux que des économies faites sur les revenus de leurs biens : ce partage se fera par moitié sauf modification conventionnelle.

Quant aux régimes existants ils sont conservés sauf modification nécessaire pour les rendre compatibles avec la capacité de la femme¹.

Telle est dans ses très grandes lignes le projet qui fut renvoyé à la Commission de législation civile et criminelle. Celle-ci déposa son rapport le 24 juin 1933².

Elle considéra comme opportun de scinder le projet en deux parties et de ne soumettre aux délibérations du

1. Voir *D. H.*, 1932, p. 99.

2. *J. O.*, Doc. parl. du Sénat, 1933, n° 404.

Sénat que la plus urgente, celle ayant trait à la capacité de la femme et à l'autorité maritale.

Elle admet cependant que la seconde, la plus délicate, est la « suite logique » de la première et « vise à réaliser en pratique le principe de la capacité de la femme ».

C'est reconnaître, comme le soutenait dès 1924 M. Capitant¹, que supprimer l'incapacité sans toucher aux régimes matrimoniaux, spécialement aux régimes de communauté, est faire œuvre nulle; qu'il y a un lien nécessaire entre la suppression de l'incapacité et la réforme des régimes matrimoniaux. L'existence de ce lien nécessaire est cependant niée par certains auteurs².

Quoi qu'il en soit, ce projet, retouché par la Commission du Sénat, supprime à la fois l'incapacité de la femme mariée et la puissance maritale. Il restitue tout d'abord à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile. « La femme mariée, déclare le nouvel article 215, a le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation du mari ou de justice »; cependant le projet laisse subsister des restrictions à cette capacité. C'est d'ailleurs la Commission du Sénat qui les a introduites dans le projet (refus de modifier les articles 391-395 et 396 du Code civil). En ajournant la modification des régimes matrimoniaux, elle restreint considérablement la capacité de la femme qui, sous la communauté en particulier, ne pourra faire aucun acte qui porte atteinte aux pouvoirs du mari.

En second lieu, l'autorité maritale est également sup-

1. *Gaz.*, D. 10.1.1924.

2. Voir *D. H.*, 1934, p. 65.

primée (art. 215 modifié) M. Renoult, à tort nous semble-t-il ⁽¹⁾, considère que la maintenir serait rendre vaine, en pratique, la suppression de l'incapacité de la femme. Les Codes européens récents (Code allemand, Code suisse), qui ont supprimé l'incapacité de la femme mariée, ne proclament pas, il est vrai, le principe de l'autorité maritale mais en fait, ils le maintiennent.

Quoi qu'il en soit la commission du Sénat conserve au mari, sinon son autorité, du moins une certaine prépondérance. Il choisit le domicile commun, il a seul l'exercice de la puissance paternelle, il reste « directeur du ménage ». Certes, la femme contribue aux dépenses, mais c'est le mari qui y pourvoit, qui entretient sa femme. Le maintien de cette obligation légale sur laquelle peut être basé le mandat tacite de la femme, permettra aux fournisseurs de celle-ci, malgré la suppression de son incapacité, de poursuivre le mari, puisque à lui incombe principalement l'entretien du ménage². Mais ils pourront aussi attaquer la femme; les époux devront même être considérés comme solidairement tenus. (Voir page 110.)

Enfin la Commission a repris sans modifications la partie du projet donnant au mari le droit de retirer à sa femme « dans l'intérêt du ménage » tout ou partie de sa capacité, spécialement sa capacité d'exercer une profession, mais elle ne précise pas les conséquences de ce retrait.

Le mari conserve donc certains pouvoirs et ces pouvoirs, en particulier en ce qui concerne la fixation du domicile et la puissance paternelle sur les enfants, se justifient

1. Nast, *Répertoire général du notariat*, 1934, t. I, p. 7.

2. Comparer art. 1357 Code allemand et art. 163 Code suisse.

parce qu'un pouvoir de décision est nécessaire en cas de désaccord entre les époux. Le mari doit rester et reste donc, en réalité, chef de la famille; mais s'il est normal qu'il conserve les pouvoirs d'un chef, il ne l'est nullement qu'il puisse en abuser, les détourner de leur but : l'intérêt de la famille.

Aussi la commission de la Société d'Etudes législatives qui a discuté ce projet¹ a-t-elle été singulièrement bien inspirée après avoir proclamé que « le mari est le chef de la famille » (art. 213 nouveau) en préconisant la possibilité pour la femme de recourir au Président du Tribunal si le mari abuse de son droit de fixer le domicile conjugal.

Elle ne borne pas là ses critiques et déclare avec juste raison que le contrôle du mari sur le choix d'une profession par sa femme est une prérogative trop essentielle pour être simplement sous-entendue dans la disposition générale de l'article 216 nouveau qui l'autorise à demander au Tribunal de restreindre la capacité de sa femme ou de lui interdire tel ou tel acte quand l'intérêt du ménage le demande.

Aussi propose-t-elle d'indiquer à la suite de cette disposition générale la possibilité pour le mari de s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession.

Enfin la Commission de la Société d'Etudes législatives a pris en considération la situation de la femme abandonnée, situation que le gouvernement comme le Sénat, ont persisté à ignorer. Un des plus graves hiatus entre cette situation de fait et le statut juridique dans lequel la maintient la loi est, nous l'avons vu, la question du domi-

1. Voir le rapport de M. Rouast (*Bulletin de la Société*, 1934, p. 81).

cile. Le projet du gouvernement y apportait pratiquement une solution satisfaisante en permettant à la femme exerçant un commerce ou une profession séparée d'avoir un domicile distinct de celui de son mari : cette disposition réglait la question du domicile de la plupart des femmes abandonnées, qui, laissées sans ressources, sont obligées de travailler; malheureusement elle a été supprimée par la commission sénatoriale¹. Mais la commission de la Société préconise sur ce point une disposition spéciale aux femmes abandonnées. « La femme mariée a pour domicile celui de son mari, à moins que l'obligation légale de cohabitation ait pris fin² ou qu'il soit constaté par le juge de paix du dernier domicile commun que la cohabitation a cessé par la faute du mari ».

Le succès de cette proposition est fort souhaitable, car cette fixation ne se justifie plus. Mais pourquoi ne pas supprimer purement et simplement la détermination légale du domicile de la femme ? Pourquoi ne pas le fixer selon le droit commun « au lieu de son principal établissement » ? Dans la plupart des cas, il coïnciderait avec celui du mari, mais en cas d'abandon, cette réforme lui permettrait d'avoir un domicile vrai. Cette solution nous paraît la meilleure : elle ne pourra néanmoins s'imposer qu'une fois reconnue la pleine capacité de la femme mariée.

Telle est dans ses grandes lignes (il nous a paru qu'une étude détaillée dépasserait le cadre de notre ouvrage) l'état de ce projet essentiel. Quelles que soient les critiques que l'on puisse lui adresser, bien rares sont les esprits

1. Doc. parl. Sénat, 1933, n° 404, p. 926.

2. Cas de séparation de corps ou d'instance en divorce ou en séparation.

qui en dénie l'utilité; la quasi-unanimité des juristes proclame la nécessité d'une réforme complète de la situation de la femme mariée. Cette réforme, nous l'avons vu, est encore plus indispensable pour la femme abandonnée que pour l'épouse vivant en bonne intelligence avec son mari, situation qu'il faut tout de même considérer comme normale.

La femme abandonnée, quand elle aura toute sa capacité, aura à peu près toute liberté. Elle pourra tout au moins, passer librement les actes indispensables à son existence et à celle de ses enfants; elle aura, théoriquement du moins, plus de crédit, parce qu'elle s'engagera elle-même; le mari ne pourra s'opposer à ses actes (en particulier à l'exercice par elle, d'une profession quelconque) que si l'autorité judiciaire admet son veto. Certes il conserve l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfants, mais cela est parfaitement admissible; la loi de 1921 ne permet-elle pas d'ailleurs dès maintenant à l'autorité judiciaire de prendre toutes mesures utiles en cas de besoin?

Mais ce projet, si salubre, passera-t-il ? Ce n'est rien moins que certain. La Commission du Sénat l'a scindé en deux parties pour des raisons parfaitement justes et raisonnables. Elle s'est promis de présenter à brève échéance à l'Assemblée la seconde partie du projet sans laquelle, répétons-le, la suppression de l'incapacité serait à peu près lettre morte « Selon les propres paroles de M. Rouast, « elle ne profiterait guère qu'à la femme séparée de biens ».

Certes l'intention du législateur est de grouper ces deux tronçons en un bloc qui fera l'objet d'un vote sinon d'une

discussion unique. Cela peut expliquer que le Sénat ne se soit pas encore saisi du premier rapport.

Mais celui-ci date de 27 mois, nous n'avons pas encore entendu parler du deuxième qui devait le suivre de près.

Les membres de la Haute Assemblée ne sont guère favorables, on le sait, aux revendications féministes; leur opposition à tout projet accordant à la femme le droit de vote, s'il n'est pas une preuve absolue de cet état d'esprit, en est du moins, un indice certain. Toutefois, il semble que la mise en sommeil de ce projet soit dû également à des questions de brûlante actualité : le Sénat n'aime pas entendre parler de l'émancipation de la femme : mais peut-être fait-on surtout grief à l'heure actuelle à ce projet comme au rapport de la commission, de leur paternité.

Ces questions parfaitement indépendantes de la valeur comme de l'opportunité de ce projet ne doivent pas dissimuler les réserves très vives qu'il suscite sur le fond même.

Le bouleversement des régimes matrimoniaux, institutions séculaires, inquiète en particulier leurs praticiens, les notaires.

Le Congrès des notaires de 1933 a émis un vœu qui n'est guère favorable à une réforme brutale et en particulier à l'institution de la participation aux acquêts : s'ils l'admettent comme régime conventionnel, ils préconisent la communauté réduite aux acquêts (très modifiée d'ailleurs) comme régime légal. Et leur opinion paraît se refléter dans celle de M. Nast qui, étudiant le projet de 1932¹ qualifie la participation aux acquêts « de régime impra-

1. *Répertoire du notariat*, 1934, t. I, p. 3.

ticable susceptible de faire naître des discussions et des conflits sans nombre ».

Quoi qu'il en soit, le succès du projet fondamental de 1932 paraît pour l'instant bien compromis. Nous souhaitons d'être par trop pessimistes, mais n'en sommes pas moins ramenés par force à préconiser des mesures spéciales au cas d'abandon. Nous avons montré les réserves que suscitent les réformes n'intéressant que les femmes abandonnées. Mais elles ne peuvent être mises un instant en balance avec les inconvénients de cette situation.

1° Puisque l'incapacité de la femme subsiste, il ne semble pas qu'il soit possible de détruire la fixation légale de son domicile chez celui de son mari¹. Mais la mesure préconisée par la Société d'Etudes législatives est par contre parfaitement compatible avec cette détermination légale.

2° Cette question du domicile, essentielle sur le terrain juridique, n'a pas toujours cependant la même importance sur le terrain pratique. Il en est tout autrement du pouvoir pour la femme de toucher aux biens du ménage, d'engager ceux-ci pour ses besoins. La femme, dès l'instant où elle entre dans le domaine de la loi de 1907, c'est-à-dire gagne quoi que ce soit en accomplissant un travail quel qu'il soit (à condition nous le savons que ce soit un travail séparé de celui de son mari) possède un droit propre qui

1. Voir plus haut, p. 29 et suiv.

lui permet d'engager tous ses biens et tous ceux de son mari pour les besoins du ménage.

Ce droit propre, reconnaissons-le, n'est pas très compatible avec notre régime matrimonial légal ; mais il ne l'est pas moins pour les femmes oisives, que pour celles qui travaillent : il a été introduit par la loi de 1907 : son extension à toutes les femmes mariées s'impose.

La jurisprudence, malgré ses efforts ne peut que donner à la femme un pouvoir de représentation légale moins net, moins favorable aux tiers, puisqu'elle ne s'oblige pas à leur égard (et par conséquent à la femme qui ne possède pas de crédit), un pouvoir en contradiction avec les principes de notre régime matrimonial.

3^o En troisième lieu, il nous semble qu'une mesure à souhaiter serait l'extension de la loi de 1924 sur l'abandon de famille : au lieu de limiter son domaine au cas de non-paiement de pension pendant trois mois, il nous semble qu'on pourrait l'appliquer à toutes les hypothèses d'abandon. Cette extension exigerait, il est vrai, du juge qu'il recherche s'il y a abandon, à qui en incombe la responsabilité... etc... mais n'en est-il pas de même pour la détermination de tout délit. Cette menace de condamnation légale ferait sans aucun doute réfléchir le mari enclin aux fugues plus ou moins prolongées. Certes, ce n'est pas en usant de la contrainte que l'on rétablit ou que l'on conserve la bonne entente dans un ménage : mais nous ne connaissons guère de moyens juridiques qui y parvien-

nent mieux, car ce n'est pas avec les moyens juridiques que l'on atteint ce but.

D'ailleurs, ne vaut-il pas mieux parfois que la femme garde dans son foyer son mari contrainct et forcé, plutôt que de se trouver placée par son départ dans la déplorable situation que nous avons étudiée. Même si la crainte d'une condamnation ne suffit pas à le retenir au foyer, si elle ne le force pas à y revenir, du moins l'extension de la loi de 1924 permettra-t-elle, sans discussion possible, à la femme de se faire autoriser directement par la justice (article 222 Code civil). Cette habilitation qui ne saurait être exigée d'elle pour les actes de chaque jour lui permettra d'accomplir valablement les opérations juridiques importantes : emprunt, achat, vente.

Extension à la femme mariée en général du droit propre d'engager pour les besoins du ménage tous les biens communs et les propres, pouvoir réservé par la loi de 1907 aux femmes qui travaillent.

Suppression de la domination de la femme abandonnée chez son mari. Extension du délit de la loi de 1924 (et par là, autorisation directe de justice) à tous les cas d'abandon. Telles sont dans l'incertitude du succès du projet de 1932 et dans notre désir de ne pas créer au profit des femmes abandonnées une situation différente de celle faite aux femmes mariées ordinaires les modifications bien mesurées que nous préconisons.

Certes, la première heurte les principes de notre droit matrimonial, mais nous l'avons déjà dit, elle ne les heurte

pas plus pour les femmes oisives que pour celles qui travaillent.

Certes, les deux dernières impliquent l'intervention du juge : mais puisque la femme reste incapable et que l'autorité maritale fait défaut, nous ne voyons guère que l'autorité judiciaire qui puisse la suppléer.

Vu : Le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu : Le Président de la Thèse,
André ROUAST.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- Ancel.** — « Etude sur le projet de 1932 », *Annales de l'Institut de droit comparé* 1934 r. I, p. 195.
- Aubry et Rau.** — (revu par M. Bartin), *Cours de droit civil. Assistance éducative*, Bulletin des œuvres du Moulin Vert.
- Baudry Lacantinerie.** — *Précis de droit civil.*
- Baudry Lacantinerie, Lecourtois et Surville.** — *Le contrat de mariage.*
- Boudant.** — *Cours de Droit civil.*
- Binet.** — *La femme dans le ménage*, thèse Nancy, 1904.
— Note au Dalloz, 1905.2.249.
- Bonnecase.** — Etude dans la *Revue Générale de Droit*, 1921, p. 960.
Bulletin de la Société d'Etudes législatives.
Bulletin de la Société des Prisons.
- Capitant.** — Chronique au *Dalloz Hebdomadaire*, 1932, p. 99.
- Cendrier.** — *Le fonds de commerce*
- Chauveau et Hélie.** — *Théorie du Code pénal.*
- Choquet.** — *La séparation de fait entre époux*, thèse Lille, 1908.
- Colin et Capitant.** — *Cours élémentaire de droit civil.*
- Colin.** — Note au Dalloz, 1908.1.225.
- Dauriac.** — *Influence de la séparation de fait sur la condition juridique de la femme mariée*, thèse Paris 1924.
- Demolombe.** — *Cours de droit civil.*
- Esmein.** — Note au Sirey, 1884.1.257.
- Garraud.** — *Traité de droit pénal.*
- Dauriac.** — *Influence de la séparation de fait sur la condition juridique de la femme mariée*, thèse Paris, 1924.
- Demolombe.** — *Cours de Droit civil.*
- Esmein.** — Note au Sirey 1884.1.257.
- Garraud.** — *Traité de droit pénal.*
- Girod.** — *Des effets de la séparation de fait entre époux*, thèse de Nancy, 1908.

- Gounot.** — *Semaine sociale de France*, 1927.
- Guillaouard.** — *Traité du contrat de mariage*.
- Guyot.** — *Répertoire de jurisprudence*.
— Note au S. 1933.1.217.
- Hauriou.** — Note au S. 1905.3.17.
- Hémard.** — Note au S. 1907.1.145.
- Huc.** — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*.
- Hugueney.** — Note au S. 1904.2.200.
- Husson.** — *La séparation de fait entre époux*, thèse Toulouse 1914.
- Josserand.** — *Cours de Droit civil positif*.
— Note au D. 1906.2.105.
- Labbe.** — Note au S. 1884.1.5.
- Lalou.** — *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*.
— Note au Dalloz, 1908.2.17, 1910.2.281.
- Laurent.** — *Principes de Droit civil*.
- Lefebvre.** — *La condition juridique de l'épouse séparée de fait*, thèse Paris 1912.
- Lefeuivre.** — *Les droits de la mère sur ses enfants*, thèse 1913, Paris.
- Loubers.** — *Revue générale de droit*, 1910, p. 5.
- Loynes (de).** — Note au Dalloz, 1890.2.25, 1891.2.257, 1893.2.393, 1895.1.199.
- Lyon Caen.** — Note au Sirey, 1922.1.5.
- Lyon Caen et Renault.** — *Traité de Droit commercial*.
- Margat.** — *La femme mariée commerçante*.
- Morin.** — *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, thèse, Caen 1908.
- Naquet.** — Note au Sirey, 1920.1.65.
- Nast.** — *Répertoire pratique du notarial*, 1934.
— Note au Dalloz, 1924.2.105, 1926.2.77, 1929.2.134, 1934.2.97.
— T. 8 et 9 du *Traité pratique* de MM. Planiol et Ripert.
- Planiol et Ripert.** — *Traité pratique de droit civil*.
— *Traité élémentaire de Droit civil*.
— Note au Dalloz, 1892.1.5, 1912.2.273.
- Renard.** — *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925.4.
- Richardot.** — *Les pactes de séparation amiable entre époux*, thèse Lyon, 1930.
- Rodière et Pont.** — *Traité du Contrat de mariage*.
- Rouast.** — *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1922, p. 36.
— *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1922, p. 236.

- Rapport de la commission de la Société d'études législatives *Bulletin*, 1934, p. 81.
- *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p. 25.
- Cours de doctorat professés à la Faculté de Paris en 1933-34 et 1934-35.
- *Congrès de l'Association du mariage chrétien* en 1928, tome II du *Traité pratique* de MM. Planiol et Ripert.
- Savatier.** — Tome I du *Traité pratique* de MM. Planiol et Ripert. *Revue de droit civil* 1931, p. 535.
- Chronique au *Dalloz Hebdomadaire*, 1935, p. 25'
- Taudière.** — *Traité de la puissance paternelle.*
- Thaller.** — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882-1883.
- Thaller et Perceroux.** — *Traité élémentaire de Droit commercial.*
- Tissier.** — Note au *Dalloz*, 1909.1.209.
- Voirin.** — Chronique au *Dalloz hebdomadaire*, 1934, p. 65.
- Wahl.** — Note au *Sirey*, 1909.2.129.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Chapitre préliminaire	1
A. Généralités	1
B. Délimitation du sujet. Plan	4
 <i>I. Première partie. — La femme abandonnée et les devoirs du mariage</i>	 9
Chapitre premier. — Du devoir de cohabitation	15
<i>Section I. — Des cas où la femme est déliée de l'obligation de cohabitation</i>	15
<i>Section II. — Des moyens de contrainte dont peut user la femme pour faire respecter par son mari l'obligation de cohabitation</i> .	20
<i>Section III. — Du domicile de la femme abandonnée</i>	27
Chapitre II. — Du devoir de fidélité	40
<i>Section I. — De l'adultère en cas d'abandon</i>	41
<i>Section II. — Du désaveu par le mari des enfants conçus pendant la séparation de fait</i>	44
Chapitre III. — Du devoir de secours	47
<i>Section I. — Son maintien en cas d'abandon</i>	47
<i>Section II. — Sanctions de son inobservation</i>	50
I. la saisie-arrêt de la loi de 1907	51
II. Loi de 1924 sur l'abandon de famille	59
Chapitre IV. — Du devoir d'assistance	62
Conclusion	64

	Page
<i>II. Deuxième partie. — Situation patrimoniale de la femme abandonnée à l'égard de son mari et à l'égard des tiers</i>	67
TITRE PREMIER. — Femme mariée sous le régime de communauté	70
Chapitre premier — Pouvoirs accordés par le Code à la femme sur les biens communs	72
Chapitre II. — Pouvoirs accordés sur les biens de communauté par les lois postérieures	78
Chapitre III. — Pouvoirs accordés à la femme par la jurisprudence	83
<i>Section I. — Recours accordés aux co-contractants de la femme</i>	85
I. <i>Contre la femme</i>	
A. Autorisation générale°	86
B. Action de <i>in rem verso</i>	88
II. <i>Contre le mari</i>	
A. Action oblique	90
B. Action de <i>in rem verso</i>	91
C. Persistance du mandat tacite	94
a) son maintien en dehors de la volonté du mari	98
b) son extension en cas d'abandon	100
c) Hypothèses dans lesquelles il ne s'applique plus	108
<i>Section II. — Paralysie de l'action en nullité</i>	112
I. <i>Responsabilité de la femme</i>	115
II. <i>Responsabilité du mari</i>	117
A. Abus du droit	117
B. Responsabilité civile	119
TITRE II. — Femme commerçante ou exerçant une profession	122
<i>Section I. — L'exercice par la femme abandonnée d'une profession exige-t-il une autorisation?</i>	124
A. Consentement du mari	124
B. Autorisation de justice°.	126
<i>Section II. — Le mari peut-il supprimer à la femme le droit de cet exercice?</i>	128
<i>Section III. — Répercussion de l'abandon sur la capacité de la femme qui travaille</i>	131
Conclusion	139

	Pages
<i>III. Troisième partie. — La femme abandonnée de ses enfants</i>	141
Chapitre premier. — Ses droits	145
Chapitre II. — Ses devoirs	155
<i>Section I. — Du devoir de garde</i>	155
<i>Section II. — Des devoirs sur les biens</i>	157
<i>Section III. — Du devoir d'entretien</i>	158
Conclusion	163
Conclusions	165

